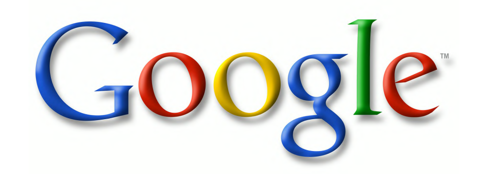



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 743 900

Germany

DAS FURTUM

DES

BÖSGLÄUBIGEN BESITZERS.

DAS FURTUM

DES

BÖSGLÄUBIGEN BESITZERS.

KRITISCHE STUDIE

VON

DR. ERNST LANDSBERG,
AUSSERORDENTL. ÖFFENTL. PROFESSOR DER RECHTE AN DER RHEINISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BONN.

BONN
VERLAG VON MAX COHEN & SOHN (FR. COHEN)
1888.

INHALTS-VERZEICHNISS.

Vorbemerkung.

Widerrechtliche Veräusserung fremder (beweglicher) Sachen ist Entwendung, so lehrt nach wie vor Windscheid, Pandekten II, § 452, Note 8 noch in seiner sechsten Auflage vom Jahre 1887; er übergeht dabei mit Stillschweigen zwei Angriffe, welche in jüngster Zeit gegen diesen Rechtssatz stattgefunden haben.[1] Ob dies Stillschweigen eine absolute Verurtheilung mit Abweisung *a limine* ausdrücken soll? Wie dem auch sei, zweifellos kömmt dem fraglichen Principe eine gewisse Bedeutung zu, nicht nur für die Lehre vom Diebstahl[2]), sondern vor allem auch für diejenige von den Bedingungen der ordentlichen Ersitzung und der *Publiciana*; demgemäss erscheint es vielleicht nicht ganz unangemessen, von den, vielfach doch mindestens recht scheinbaren, Argumenten der Gegner Kenntniss zu nehmen; dieselben auf ihre Beweiskraft den Stützen der bisher herrschenden Meinung gegenüber zu prüfen; und, wenn sich dabei diese letztere schon im allgemeinen als haltbar, in Einzelheiten aber als leichter Aufbesserungen bedürftig ergeben sollte, ihre Revision insoweit vorzunehmen. Denn es handelt sich hier um einen Satz, welcher bisher nicht eingehend untersucht, sondern tralaticischer Ueberlieferung gemäss hingenommen worden ist; einem solchen Zustande gegenüber das Bedürfniss kritischer Betrachtung erkannt zu haben, ist ein unbestreitbares Verdienst der Angreifer.

---

[1]) Dernburg, Pandekten II (vgl. § 130 Text zu Note 9), das einzige andere bis zu der Lehre vom *furtum* vorgeschrittene Pandekten-Werk der kurzen, überhaupt in Betracht kommenden Zeit, dürfte wohl noch vor das Hervortreten wenigstens des späteren von den zwei im Text erwähnten Angriffen fallen. Dass diese Angriffe in irgend welcher monographischen Arbeit Beachtung gefunden hätten, wüsste ich nicht.

[2]) Ich gebrauche die Wörter „Diebstahl" und „Dieb" hier durchweg gleichbedeutend mit „*furtum*" und „*fur*".

I. Die Ansicht Pampaloni's.

Dieses Verdienst kommt voll und ganz zu dem Italiener Pampaloni, welcher in einem ausführlichen Artikel „über den bösgläubigen Besitz in seinen Beziehungen zu dem Delikte des Diebstahls“ [1]) die Frage in ihrer vollen Tragweite erfasst und bearbeitet hat, gestützt auf weitgehende Beherrschung und sorgfältigste Berücksichtigung der ganzen, zumeist auch der deutschen, einschlägigen Litteratur. Dass, wie sein Nachfolger Pfersche [2]) behauptet, die Darstellung der eigenen Ansicht hinter jener Benutzung der Litteratur fast ganz verschwände, kann ich nicht bestätigen. Vielmehr erscheinen mir die diesbezüglichen Abschnitte bei Pampaloni lediglich als Anwendung des taktisch wie wissenschaftlich durchaus zulässigen Verfahrens, die Folgen der zu bestreitenden Regel als unerträgliche hinzustellen, ehe man gegen diese selbst vorgeht; um dann die umgangene und innerlich haltlos gewordene feindliche Stellung mit raschem Stosse zu nehmen. Wir haben zunächst dem Autor, dessen Artikel in Deutschland wenig bekannt geworden zu sein scheint, auf seinem Wege zu folgen.

1) Um die regelmässigen Wendungen der herrschenden Ansicht, als welche lauten: der veräussernde *m. f. por.* [3]) stiehlt; der ferruminirende *m. f. por.* stiehlt; der specificirende *m. f. por.* stiehlt; u. s. f. — um diese Wendungen näher fassen zu können,

---

[1]) Muzio Pampaloni, „Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto“; im Archivio Giuridico, Band XXVIII, Fasc. 4—5, S. 275—372.

[2]) Dr. Emil Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen; Die Eigenthumsklage, Unredlicher Besitz, Die Erbschaftsklage; Erlangen 1886, S. 235, Anm. 2.

[3]) Ich kürze ab: *m. f. por.* = *malae fidei possessor;* und *m. f. pio.* = *malae fidei possessio;* analog gelegentlich *b. f. p.* = *bonae fidei p.*

sucht **Pampaloni** auszugehen von einem in der Romanistischen Doktrin allgemein angenommenen Begriff der *m. f. pio.;* und zwar bestimmt er[1]) diese als die unrechtmässige und dolose Inhabung einer fremden Sache *„come proprietario“, „suo nomine“,* d. h. wohl mit Aneignungswillen. Diese Definition ist in Bezug auf die meisten Punkte ganz klar: Aneignungswille, also Ausschluss des Detentors; Unrechtmässigkeit, also Ausschluss desjenigen Besitzers, welcher eine fremde Sache rechtmässig als solche, etwa *praeside autore, e causa noxali* u. s. f., inhat; Dolus, also jedenfalls Ausschluss desjenigen Besitzers, welcher die Sache als eine fremde nicht kennt, oder, obgleich er sie als solche kennt, deshalb subjektiv redlich ist, weil er sie dem Willen des Eigenthümers gemäss zu beherrschen sich bewusst ist, wie etwa ein Ehegatte die ihm von dem anderen geschenkte Sache. Dagegen ist nicht ohne weiteres klar, ob das vieldeutbare Element des Dolus bloss diese beiden letzteren Momente oder noch weit mehr enthalten soll: das Erforderniss der Unredlichkeit schlechthin nämlich; d. h. also, ob dem Verfasser *m. f. pio.* und unredlicher Besitz zusammenfallen; oder nicht völlig unredliche Besitzverhältnisse neben *mala fides* denkbar sind. Aufschluss über diesen Punkt gewährt dann aber schon folgende Bemerkung[2]):

> „Wer sich auf den Besitz einer fremden Sache einlässt in der vernünftigen Hoffnung, später die Einwilligung des Eigenthümers zu erhalten, weiss, dass es sich um eine fremde Sache handelt; möglicherweise hat er auch gegen den Willen des Eigenthümers gehandelt; *m. f. por.* ist er nicht.“

Berechtigt allein dieser Satz zu dem Schlusse, dass der *m. f. por.* in **Pampaloni's** Vorstellung stets ein innerlich unredlicher Mensch ist, welcher mit willkürlicher Missachtung des ihm bekannten fremden Eigenthums vorgeht, so geben dieser Auffassung eine Reihe späterer Ausführungen[3]) klare Bestätigung und schärfere Beleuchtung. Der *m. f. por.* kann gar nicht im Interesse des Eigenthümers handeln, was er thut, kann er nur für sich thun; er ist essentiell ein Besitzer, welcher Entdeckung fürchtet; die Ersatz-Pflicht für Früchte ist ihm auferlegt als Strafe; sein Dolus, so charakterisirt schliesslich einer der letzten Abschnitte[4]), trifft

[1]) S. 276. — [2]) S. 277. — [3]) S. 332; 314; u. a. v. O. — [4]) S. 345.

mit demjenigen des Diebes vollständig zusammen als der Wille, fremdes Eigenthum für sich (oder einen dem Eigenthümer fremden Dritten) zu haben. — Kurz gesagt, dem Verfasser ist *m. f. por.* lediglich der Besitzer mit diebischer Gesinnung.

2) Demgemäss verallgemeinert sich die besondere Frage, ob der *m. f. por.* durch Veräusserung stiehlt, sofort dahin, wann das diebische Verhältniss der *m. f. pio.* sich zum eigentlichen Diebstahle ausbildet.[1]) Bisher begnügte man sich wohl damit, neben den durchaus angenommenen Satz, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, einige ähnlich casuistisch gebildete Sätze zu stellen, wobei man dann verschieden weit gehen konnte; so war man wohl einig darüber, dass Verbauung bösgläubig besessenen Materials in ein Gebäude oder einen Weinberg[2]), Confusion einer bösgläubig besessenen Masse mit eigener und ähnliches mehr[3]), Diebstahl sei; vielfach neigte man der Ansicht zu, dass der bösgläubige Specifikant stiehlt[4]); anzunehmen, dass Perception der Früchte einer in *mala fide* besessenen Sache *furtum* sei[5]), fanden sich manche bereit; vereinzelt mochte man auch wohl jeden Verbrauch oder Gebrauch der Sache Seitens ihres bösgläubigen Besitzers Diebstahl nennen; ja selbst denjenigen bezeichnet der eine oder andere schon als Dieb, welcher in bösem Glauben derivativ von irgend einem Dritten, *b.* oder *m. f. por.* oder *detentor,* die Sache erworben hat.[6]) Verfasser aber fasst all dies zusammen; er zeigt nicht nur, wie weit diese Sonder-Sätze in unserer Litteratur, herrschend oder kämpfend, hervortreten; sondern gleichzeitig und wesentlich auch, wie sie alle unter einander in nothwendigem Zusammenhange stehen, so dass folgerichtiger Weise sich nicht ein einziger unter ihnen ohne alle übrigen annehmen lasse: wie dies denn auch, wohlgemerkt frei-

---

[1]) Dabei kann es sich weiter handeln um *furtum* entweder *rei* oder *usus;* mit Recht tritt bei Pampaloni dieses letztere in den Hintergrund zurück, da Mangels einschlägiger Quellenstellen selbständige Ergebnisse für dasselbe sich nicht herleiten lassen, nach Lösung der Fragen über *furtum rei* aber die Analogie leicht zu ziehen ist. Auch ich werde daher auf das *furtum usus* erst gegen Ende, unter VIII. 8, zurückkommen.

[2]) Abschnitt VI, S. 291—292 bei Pampaloni.

[3]) Pampaloni, Abschnitt VII, S. 292—295.

[4]) Derselbe, Abschnitt VIII, S. 296—305.

[5]) Derselbe, Abschnitt IX, S. 306—320.

[6]) Derselbe, Abschnitt X, S. 321—333.

lich von demjenigen Standpunkt aus, welchen Pampaloni für die *m. f. pio.* einnimmt, nicht zu leugnen ist. Hat jeder *m. f. por.* als solcher diebische Gesinnung und gibt man zu, dass, wer schon Besitzer ist, die Sache durch irgend eine einzelne bestimmte Behandlung, wie z. B. die Veräusserung, stehlen kann: so wird man allerdings auch zugeben müssen, dass jedwede Behandlung der Sache von Seiten des *m. f. por.* ihn zum Diebe macht; und wie dann vermieden werden sollte, anzuerkennen, dass gar der wissentliche Besitzerwerb in *mala fide* vom Nicht-Eigenthümer Diebstahl sei, ist nicht abzusehen. Die Sache liegt dann vielmehr so: Diebstahls-*dolus* ist in der *mala fides* gegeben; sobald eine Contrektation, sei es durch Besitz-Erwerb, sei es durch Verfügung über die früher etwa in *bona fide* erworbene Sache, hinzukommt, ist damit der Diebstahl vollendet. Dawider vermögen, immer den Pampaloni'schen Begriff der *mala fides* vorausgesetzt, sämmtliche Aushülfemittel nichts, welche Einzelne wohl anwenden, um, während sie die bösgläubige Veräusserung, Verbindung u. s. f. als Diebstahl betrachten, den bösgläubigen derivativen Erwerber oder den bösgläubigen Besitzer, welcher Früchte percipirt, vom Makel des Diebstahls zu befreien: für Pampaloni liegt in allen derartigen Fällen entweder stets oder nie Diebstahl vor.

3) Er geht aber noch einen Schritt weiter; er behauptet sogar, dass, einmal soweit gekommen, man consequenter Weise auch den bisherigen *b. f. por.*, welcher, nachdem er in *mala fides* gerathen, die Sache behalte, ohne sonstige Handlung als Dieb betrachten müsse.[1]) Diese Schlussfolgerung erscheint ihm als eine ganz natürliche und ohne weiteres einleuchtende, so dass er sie kaum durch Beweise zu stützen für nothwendig erachtet; und zwar deshalb, weil er wie von einem Axiome von dem eigenthümlichen, eben so fremdartigen wie elastischen Satze ausgeht, dass der ganze Besitzzustand durch die *mala fides* seine Gestaltung erhält (*„la mala fede informa tutto il possesso“*). Sonach bleibt ihm [2]) gar kein Fall von *m. f. pio.* an beweglichen Sachen mehr übrig ohne Diebstahl; die *mala fides* kömmt ihm bei beweglichen Sachen als Zwischen-Stufe zwischen *bona fides* und *furtum* ganz in Wegfall. Hier scheint jedoch, selbst von der Grundlage seiner Begriffsbestimmung aus, Pampaloni die Grenze überschritten zu haben;

---

[1]) Abschnitt XI, S. 334—345. — [2]) S. 345.

statt sich in einer breiten und überflüssigen Kritik gegen v. Stintzings Behauptung zu ergehen, nach welcher „das Zusammentreffen des *animus furandi* mit der Besitzergreifung zum Wesen des *furtum* gehört“ [1]), hätte er vielmehr bedenken sollen, dass es zum Thatbestande eines jeden Deliktes einer mit dem nöthigen *dolus* zeitlich zusammentreffenden Handlung bedarf, indem das blosse nachträgliche dolose Billigen des durch unzurechenbare Handlung geschaffenen Zustandes nie Verbrechen sein kann; und dass es besonders für den Diebstahl einer positiven Handlung, der *contrectatio*, bedarf gleichzeitig mit dem *animus furandi*, welcher wieder ohne schon vorhandene *mala fides* undenkbar ist: wennschon diese Handlung nicht gerade Besitzergreifung zu sein braucht, so ist doch mindestens irgend welches aktive Verhalten nothwendig, ein solches aber wird, wenn man selbst noch so weit gehen will, in dem nackten Behalten nimmermehr gefunden werden können. Man wird darüber streiten können und streitet wirklich darüber, ob derjenige, welcher eine Sache schon in der Hand hat, sie nochmals vom Platze bewegen muss, um sie zu stehlen, oder ob die Handlungen des Ableugnens, des Nicht-Zurückgebens u. dgl. m., besonders dem nachfragenden oder rückfordernden Eigenthümer gegenüber, genügen [2]); dass aber der blosse Zustand des Bleibens im Besitze, obgleich die *bona* in *mala fides* umschlägt, keinen Diebstahl schaffen kann, genügt es einfach

---

[1]) v. Stintzing, Das Wesen von *bona fides* und *titulus* in der Römischen Usukapions-Lehre, S. 35 und 43. Diese ganze Kritik klammert sich an den von v. Stintzing S. 35 gebrauchten, im Text wörtlich citirten Ausdruck; S. 43 dagegen sagt Stintzing correkt:

„Wer im Bewusstsein seines Unrechts sich die Sache zueignet, ist *fur*.“

Offenbar hatte v. Stintzing aber auch S. 35 nichts anderes gemeint und nur ungenauer Weise gesagt „Besitzergreifung“ statt „Aneignung“ = *contrectatio:* wie auch aus dem ganzen weiteren Zusammenhange der S. 35 ersichtlich ist, für welchen es auf den betreffenden Unterschied in keiner Weise ankömmt: es wird nämlich ein Erklärungs-Versuch des Satzes *mala fides superveniens non nocet* vorgetragen, mit einer Argumentation, welche völlig gleich schlüssig bleibt, wenn man an Stelle der „Besitzergreifung“ einsetzt „Aneignung“. — Seine ganze langwierige Polemik hätte demgemäss Pampaloni sich ersparen können.

[2]) Vgl. darüber unten VII, 8.

auszusprechen.[1]) Dass Pampaloni sich so weit hat hinreissen lassen, ist auffallend, aber Thatsache; er steht damit schliesslich vor dem Ergebniss, dass entweder kein *m. f. por.*, weder durch Veräusserung noch durch Specifikation noch sonstwie, stiehlt; oder dass jeder *m. f. por.* als solcher nicht bloss diebisch gesinnt, sondern geradezu Dieb ist.

4) Damit ist er denn allerdings von bloss unpraktischen und unangenehmen zu geradezu unerträglichen Consequenzen des Satzes, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, gekommen, Consequenzen, welche den Satz selbst aufzugeben zwingen würden. Nicht nur, was schon unleidlich genug, wer in *mala fide* die Sache derivativ erwirbt oder Früchte von ihr percipirt, stiehlt; sondern überhaupt jeder, welcher mit *mala fides* besitzt; ausser auf die Ungeheuerlichkeit dieses Resultates an sich genügt es darauf hinzuweisen, dass dasselbe den anderen Satz „*mala fides superveniens non nocet*“ auf Mobilien geradezu unanwendbar machen würde, um jeden Juristen zu bestimmen, wenn irgend möglich den Vordersatz, welcher zu Folgen solcher Art führt, über Bord zu werfen. Nur noch eine solche Möglichkeit hat also Pampaloni darzuthun; indem er sich nun aber zum Beweise dieser Möglichkeit anschickt, übersieht er nicht, dass derselben Schwierigkeiten entgegenstehen sowohl von Seiten des bisher allseitig anerkannten Diebstahl-Begriffes wie von Seiten der bisher für den betreffenden Diebstahlsfall besonders angeführten Quellenstellen; er wendet sich zuerst[2]) gegen jene, dann[3]) gegen diese.

a) Um begrifflich die selbstische Disposition des *m. f. por.* über die Sache aus dem Diebstahle auszuscheiden, konnte Pampaloni nicht auf den *animus furandi* zurückgehen; dieser, so bemerkt er vielmehr, ist völlig vorhanden; sondern er musste irgend ein objektives Merkmal finden, um dessentwillen der diebisch gesinnte und eventuell auch handelnde *m. f. por.* doch nicht als Dieb gelten kann. Deshalb stellt er die Behauptung auf, Dieb sei nur derjenige, welcher die Sache aus der Herrschaft des

[1]) Ebensowenig wie weiterer Beweisführung benöthigt es wohl der Citate; vgl. jedoch etwa v. Wächter, Römisch-Teutsches Strafrecht, II, Abschnitt Diebstahl; desselben Artikel „Diebstahl“ in Weiske's Rechtslexikon; und ebendort Merkel, Unterschlagung.

[2]) Abschnitt XII, S. 345—360.

[3]) Abschnitte XIII und XIV, S. 360—371.

Eigenthümers selbst nehme, Diebstahl nur dasjenige Ereigniss, welches die Sache dem Eigenthümer selbst gegenüber treffe; nur wo solches vorliege, habe das Recht den objektiven Thatbestand für gefährlich genug gehalten, um ihn zum Delikte zu stempeln. Damit erscheint die selbstische Disposition des Detentors über die Sache noch als Diebstahl, da dieser sie direkt dem Herrn entzieht; dagegen der in *mala fide* stattfindende derivative Erwerb der Sache von einem Dritten; oder die selbstische Disposition über die Sache von Seiten eines juristischen Besitzers in *mala fide:* diese und ähnliche Fälle sind nicht mehr Diebstahl, da ihnen die Unmittelbarkeit der Richtung gegen den Eigenthümer mangelt. Nur scheinbare Ausnahme ist, dass das Römische Recht den wissentlichen Erwerb vom Dieb selbst auch wieder als Diebstahl behandelt — eine Behandlung, welche Verfasser aus den besonderen Beziehungen zwischen Dieb und Bestohlenem erklärt, wie später näher auszuführen und zu erörtern sein wird. Kann man also, nach Pampaloni, über diesen Umstand hinwegsehen, so werden nun auch alle übrigen Einzelheiten durch das aufgestellte Princip gedeckt: so der Funddiebstahl, der Diebstahl der dem Grundeigenthümer zufallenden Schatz-Hälfte von Seiten des Finders, die wissentliche Annahme eines *indebitum,* die Unterschlagung der in das Eigenthum der Vermächtnissnehmer getretenen Sachen von Seiten des Erben sowie diejenige des Kindes der Sklavin von Seiten des Niessbrauchers: in allen diesen Fällen entzieht derjenige, welcher sich in diebischer Absicht aneignet, die Sache direkt dem Eigenthümer, übt sein *furtum* direkt dem Eigenthümer gegenüber aus, *„di fronte al proprietario“,* wie Pampaloni sagt, *à la barbe du propriétaire,* wie der Franzose sagen würde. So handelt nicht und deshalb stiehlt nicht, wer die Sache derivativ, von einem Dritten, wenn schon in *mala fide* erwirbt; und [1])

> „nachdem einmal der Besitz in *mala fide* ohne Diebstahls-Delikt erworben ist, so kann nun nachträglich, welchen Gebrauch der Besitzer auch von der fremden Sache mache, wie er auch über sie disponire, das Diebstahls-Delikt nicht mehr zur Entstehung kommen. Wenn in den nach dem Erwerb Seitens des Besitzers vorgenommenen Handlungen die juristische Möglichkeit eines Diebstahl-Deliktes läge, so hätte dieses Delikt schon im Erwerbs-

[1]) S. 359.

Moment entstehen können und müssen, weil, wie wir gesehen haben, schon von diesem letzteren Momente an weder die Absicht, die Sache für sich zu haben, noch eine äussere Handlung, welche genügend wäre, die Herrschaft über die Sache zu bestätigen, mangeln . . . . . . So ergibt sich, dass weder die Veräusserung, noch die Ferrumination noch die Specifikation u. s. f. einer mit *mala fides* besessenen Sache Diebstahls-Delikte sind. Aus analogen Gründen ist die Perception von Früchten der mit *mala fides* besessenen Sache kein Diebstahl [1]); der *m. f. por.*, welcher sich die Früchte der fremden Sache zueignet, verletzt weder den Besitz noch eignet er sich *„di fronte al proprietario“* zu, da die Sache, von welcher sie herkommen, sich schon in dem von einer dritten Person mit Aneignungswillen geübten Besitz befunden hat“.

In allen diesen Fällen fehlt es an einem objektiven Diebstahls-Moment, näher gefasst an der nothwendigen Richtung der Contrectation; die Contrectation ist dasjenige Element des *furtum*, welches direkt dem Eigenthümer gegenüber statthaben muss.

Freilich gilt auch derjenige, welcher eine Sache dem blossen Besitzer entwendet, als *fur;* aber dieser hat [2])

„in jeder Weise das Recht des Eigenthümers direkt angegriffen in seiner materiellen Erscheinung, im Besitze . . . . . und wenig kömmt es darauf an, wenn diese Zueignung nicht gerade dem Eigenthümer gegenüber stattgehabt hat“.

Verbindet man diesen, immerhin doch etwas disparaten, Zusatz mit dem Vorhergehenden, so ergibt sich wohl als Ansicht Pampalonis kurz die, dass nach ihm die zum Diebstahle nothwendige *contrectatio* nur vorliegt,

wenn entweder das Eigenthum des, wennschon nicht besitzenden, Eigenthümers direkt ihm gegenüber; oder irgendwie die äussere Erscheinung des Eigenthums, der Besitz, durch die Aneignung verletzt ist.

b) Endlich geht Verfasser dazu über, sich mit den Quellen auseinanderzusetzen; indem er versucht nachzuweisen, dass die-

---

[1]) Wohl soll dagegen Diebstahl sein die vom *fur* vorgenommene Frucht-Perception, S. 319; ebenso die von demjenigen, welcher sich gewaltsam eines Immobile bemächtigt hat, vorgenommene, S. 320, 359.

[2]) S. 353.

jenigen Stellen, auf Grund deren zumeist die herrschende Ansicht vom Diebstahle des veräussernden u. s. f. *m. f. por.* sich gebildet hat, sich auch anders interpretiren lassen. Nicht etwa unternimmt er darzuthun, dass die betreffenden Stellen die Regel, welche die herrschende Ansicht aus ihnen ableitet, nicht enthalten könnten; sondern er begnügt sich damit, dass ihnen auch ein anderer Sinn beigelegt, ihre Erklärung auch ohne Annahme jener Regel gewonnen werden könne; dass man dann diese letztere Möglichkeit benutzen, die Regel ihrer unerträglichen Folgen halber fallen lassen muss, versteht sich ihm nunmehr von selbst. Eben deshalb hat er wohl die Besprechung dieser Stellen an das Ende seiner Arbeit verwiesen; auch ist die Behandlung, welche er dieser Materie gönnt, eine verhältnissmässig sehr kurze; da ich auf die einzelnen Stellen später einzugehen haben werde, so genüge es hier zu bemerken, dass er sie versteht entweder von schon vorher gestohlenen Sachen; oder nicht sowohl vom *m. f. por.*, als vielmehr vom blossen *detentor*, für welch letztere Einschränkung er sich hauptsächlich darauf beruft, dass sie durchweg den Zusatz *inscio* oder *invito domino* haben, als welcher nur dem *detentor* gegenüber vollständig angebracht sei. Nimmt man noch hinzu, dass für § 3 J. de usucapionibus 2, 6 eine etwas andere, umschreibende Erklärung unternommen wird; so dürften die Grundzüge der auf die Quellen bezüglichen Bemerkungen Pampaloni's einstweilen sattsam charakterisirt sein.

5) Indem Verfasser sich bemüht klarzulegen, dass in keinen der erwähnten Fälle Diebstahl vorliegt, leugnet er keineswegs, dass der eine oder andere gelegentlich irgend ein anderes Delikt darstellen könne; besonders häufig, meint er schliesslich [1]), wird unter derartigen Umständen Stellionat vorliegen. Hätte nun Böcking [2]) Recht, indem er behauptet, auch der an ihr begangene Stellionat mache die Sache zu einer objektiv unersitzbaren, so würde dieser Schluss praktisch gleichsam wieder den Werth der ganzen Arbeit aufheben; ob die veräusserten, specificirten u. s. f. Sachen wegen Furtivität oder wegen Stellionat unersitzbar würden, käme sachlich auf dasselbe hinaus. Aber wie l. 2 i. f. C. de crimine stellionatus 9, 34, welche Böcking allein für diese seine

[1]) Abschnitt XV, S. 371—372.
[2]) Pandekten, § 145, Anm. 121.

meines Wissens übrigens ganz vereinzelt dastehende Ansicht anführt, irgend etwas beweisen soll, ist nicht ersichtlich, daher diese Anschauung Böckings von Pampaloni schon früher[1]) mit Recht als eine unhaltbare bezeichnet worden, auf welche nicht mehr zurückgekommen zu werden braucht.

II. Die Ansicht Pfersche's.

Etwas anders steht es um den zweiten, von Pfersche gegen die herrschende Ansicht gerichteten Angriff, da derselbe mehr incidentmässig in einem grösseren, wesentlich andere Materien behandelnden Werke vorgebracht wird. Pfersche steht dabei in Anschauung wie Quellen-Beweis freilich zunächst auf den Schultern Pampaloni's, fügt aber mancherlei selbständig bei; sein Thema bringt ihn übrigens wiederholt mit dem unseren in Berührung, so dass ausser einem diesem letzteren besonders gewidmeten Abschnitte seines Werkes für uns noch manche einzelne Aeusserungen in Betracht kommen. Ein so systematisches Ganzes wie bei Pampaloni ergibt freilich auch die Zusammenstellung aller Pfersche-schen einschlägigen Bemerkungen nicht; speciell findet sich nichts über den exakten Begriff, welchen Pfersche vom *dolus* des *m. f. por.* hätte; nichts über die Fälle von Funddiebstahl und ähnliche *furta* an besitzfreien Sachen; wenig über die theoretische Gestaltung der Diebstahls-Lehre, wie sie als Voraussetzung oder Folge der Einzel-Resultate sich aufbauen würde; und was dergleichen Consequenzen vorübergehender Behandlung mehr sind. Die Hauptsache aber anlangend, die praktischen Fälle und die Quellen-Interpretation nämlich, so dürfte sich die Ansicht Pfersche's sei es bei dieser, sei es bei jener Gelegenheit fest bestimmen lassen.

1) Der *mala fide* vorgenommene derivative Erwerb einer fremden Sache ist nach Pfersche[2]) regelmässig kein Diebstahl, sondern bloss ausnahmsweise, wenn wissentlich vom Diebe selbst erworben wird, also im Falle der Hehlerei: ein Ausnahmefall, auf welchen sich auch l. 12 C. de furtis et de servo corrupto 6, 2 bezieht. Da demnach für den Hauptfall keine nach der einen oder

---

[1]) S. 282. — [2]) S. 129—133.

anderen Seite entscheidende Stelle mehr übrig bleibt, so muss für ihn die Consequenz durchschlagen, dass,

> „wenn gegen den unredlichen Besitzer eine Entwendung begangen werden kann, seine Einwilligung zur Besitzergreifung den Thatbestand des *furtum* ausschliessen muss".

Also stiehlt nicht, wer *mala fide* vom *m. f. por.*; — demnach erst recht nicht, wer *mala fide* vom *b. f. por.* erwirbt. Die andere Frage, ob man gar die einfache Besitz-Fortsetzung von Seiten des *in malam fidem* gerathenen früheren *b. f. por.* als Diebstahl ansehen könnte, erörtert Pfersche nicht; dass er sie verneinen würde, ist nach seinem ganzen Standpunkt ohne weiteres anzunehmen; dagegen scheint auch er, wie Pampaloni, nach einer einmaligen, allerdings nur vorübergehenden und bedingten Aeusserung [1]) nicht ganz abgeneigt, die bejahende Antwort der herrschenden Lehre als Consequenz „an die Rockschösse zu hängen".

2) Weder die Perception noch selbst die Consumption der Früchte Seitens des *m. f. por.* der Hauptsache betrachtet Pfersche als Diebstahl [2]); die *condictio fructuum consumptorum* ist ihm keine *condictio furtiva*. Der Grund liegt darin, dass sowohl Perception wie Consumption (d. h. Veräusserung und Verwerthung) der Früchte guter Wirthschaft entspricht, also regelmässig ohne *dolus* vor sich geht, wie denn auch nie von einer *actio ad exhibendum* wegen verzehrter Früchte als solcher, deren Besitz *dolo malo* aufgegeben worden wäre, die Rede ist. Deshalb aber, weil vielleicht im einzelnen Falle *dolus* vorliegen mag, die in allen Fällen stets gleiche *condictio* als bisweilen furtive aufzufassen, ist nicht angängig.

> „Dazu kommt, dass die vorliegende Condiktion stets ausdrücklich nur nach der Consumption gewährt wird, während die *condictio furtiva* auch bei der Existenz der eigenen Sache des Klägers möglich ist".

Die ganze zu Grunde liegende Anschauung, nach welcher der *m. f. por.* bei Perception oder Consumption der Früchte stähle, ist demnach zu verwerfen.

---

[1]) S. 246: „Der Satz *mala fides superveniens non nocet* wäre ganz beseitigt, wenn man auch das Behalten und Gebrauchen der fremden Sache durch jeden unredlichen Besitzer als *furtum* erklären wollte.

[2]) S. 228—231.



3) Dass der bösgläubige Besitzer Entwendung begehe durch Specifikation der wissentlich fremden Sache, leugnet Pfersche im Zusammenhange mit seinen Ausführungen darüber, dass die *mala fides,* ausser in der Hand des Diebes des Materials, den Erwerb durch Specifikation nicht ausschliesse.[1]) Bekanntlich sucht man ja vielfach das Erforderniss der *bona fides* für den Eigenthumserwerb durch Specifikation so herzuleiten, dass man von dem Satze, der specificirende *m. f. por.* stehle, ausgeht und dann die Unverträglichkeit von Diebstahl und Eigenthumserwerb betont; gegen diese Argumentation wendet sich Pfersche mit etwa folgendem Gedankengang:

Wenn jemand in einer fremden Werkstätte specificirt und das Specificirte ruhig stehen lässt, so stiehlt er bestimmt nicht; ebensowenig stiehlt der *m. f. por.,* welcher eine rückführbare Verarbeitung vornimmt; wenn man nun die nicht rückführbare Specifikation im eigenen Namen anders beurtheilt, so combinirt man dadurch zwei sich widersprechende Sätze: die Specifikation des unredlichen Besitzers ist Entwendung, — nur weil sie Eigenthumsentziehung bewirkt; sie bewirkt aber keine Eigenthumsentziehung, — weil sie Entwendung ist.

> „Zulässig ist entweder der Standpunkt von Waechter, der unredliche Specifikant erwirbt zwar Eigenthum und macht sich deshalb der Entwendung schuldig. Oder der unsere, dass das Erforderniss der Redlichkeit des Specifikanten nur auf einem eigenen — nicht erwiesenen — Rechtssatz beruhen könnte, dass aber der unredliche Specifikant überhaupt nicht wegen Entwendung, sondern nur wegen Beschädigung oder doloser Besitzaufgabe verpflichtet wird".

Diese Untersuchung Pfersche's bietet eine besonders willkommene Ergänzung zu Pampaloni, da dieser die Rückwirkung des auch von ihm vertretenen Satzes, Specifikation des *m. f. por.* sei kein Diebstahl, auf die Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specifikation nicht oder doch nur obenhin erörtert.

4) Endlich behandelt Pfersche unsere Frage *e professo* in Abschnitt VII der zweiten Abhandlung seines Werkes.[2]) Er for-

---

[1]) S. 137—142, speciell S. 141—142.

[2]) Unter der Ueberschrift: „Entwendungsklagen gegen den unredlichen Besitzer?" S. 235—248.



mulirt zunächst die Ansicht, gegen welche anzugehen er sich anschickt, dahin,

> „dass die Regeln über Entwendung auch dem unredlichen Besitzer gegenüber ohne Rücksicht auf den Besitz gerade so zur Anwendung kommen müssen, als besässe nicht er, sondern der Eigenthümer selbst die Sache. Durch jede Verfügung über die fremde von ihm besessene Sache soll sich also der unredliche Besitzer eines *furtum* schuldig machen".

Sodann wird die Frage, ob diese bisher als ganz selbstverständlich betrachtete Regel richtig sei, aufgeworfen. Dass sie den in den Quellen vorkommenden „Ansätzen zu Definitionen des *furtum*" entspreche, gibt Pfersche sofort zu, meint jedoch mit Recht, darauf sei weiter nicht viel Gewicht zu legen; vielmehr ist die Entscheidung lediglich durch Untersuchung der für den Sonderfall beweisenden Umstände zu gewinnen; diese Untersuchung aber führt nach Pfersche zu verneinendem Ergebniss.

a) Die von der herrschenden Ansicht durchweg angeführten Quellen-Materialien können, so erklärt Pfersche im engsten Anschlusse an Pampaloni, ebensowohl vom *detentor* ausschliesslich wie von ihm und dem *m. f. por.* zusammen verstanden werden. Es handelt sich fortwährend um allgemeine Wendungen, etwa dahin gehend, *qui rem alienam sciens vendidit, furtum committit; res aliena* ist aber nicht minder dem *detentor* die von ihm aufbewahrte, als dem *m. f. por.* die von ihm besessene Sache; nichts hindert demnach anzunehmen, dass in den betreffenden Stellen bloss erstere gemeint sei. — Nimmt man dies aber an, scheidet ferner, wie geboten, die Stellen aus, welche gar nicht von *furtum,* sowie diejenigen, welche von schon vorher gestohlenen Sachen als furtiven reden, so bleibt höchstens noch § 3 J. cit. 2, 6 übrig. In der diesem Paragraphen zu Grunde liegenden Ausführung soll nun Gaius lediglich an den einfachsten Thatbestand, Entziehung aus dem Besitz des Eigenthümers, nicht an die verwickeltere Voraussetzung unserer Regel — eine Sache ist, ohne gestohlen zu werden, schon in die Hand eines *m. f. por.* gelangt — gedacht haben; nur auf erstere einfachere Sachlage soll der Paragraph sich also beziehen: damit wäre auch dieses Hinderniss von Pfersche aus dem Wege geräumt und das Ergebniss erzielt, dass für die herrschende Ansicht aus den bisher für dieselbe üblicher Weise allegirten Stellen sich höchstens ein Möglichkeits-

Beweis führen lässt, neben welchem die entgegengesetzte Annahme mindestens gleich möglich bleibt. Lässt sich also anderswoher neues Beweis-Material gegen die herrschende Ansicht erbringen, so müsste dasselbe entscheidend ins Gewicht fallen.

b) Nun aber meint Pfersche eine ganze Reihe solcher gegen die herrschende Ansicht entscheidenden Argumente zu besitzen. — Zunächst sei in den Digesten nicht eine einzige der Folgen berührt, welche der fragliche Rechtssatz, besonders Klagen-Conkurrenz anlangend, mit sich führen müsste, was doch, wenn er gälte, höchst auffällig wäre. — Sodann:

„wenn der unredliche Erbschaftsbesitzer Erbschaftssachen nach Antritt der Erbschaft veräusserte, so wäre dies nach dem behaupteten Rechtssatze doch ein Fall, wo an Erbschaftssachen ein *furtum* stattfinden kann — hätten das die Römer ungesagt gelassen?"

Ferner ergibt die herrschende Ansicht, mit der Regel *mala fides superveniens non nocet* zusammengestellt, die etwas befremdlich klingende Consequenz,

„dass man usukapirt, wenn man die Sache unverändert ruhig behält, dass man jedoch die Sache überhaupt unersitzbar macht und noch obendrein als Dieb haftet, wenn man sie specificirt." —

Endlich aber, und dies bezeichnet Pfersche mit Recht als das einzige wirklich durchzuschlagen geeignete Beweismittel, soll eine bisher in dieser Richtung unbenutzte Pandektenstelle in direktem und unvermeidlichem Widerspruche zu der herrschenden Ansicht stehen: unzweifelhaft nämlich greift die *Publiciana* wegen furtiver Sachen nicht Platz [1]); wäre also die Veräusserung Seitens des *m. f. p.* ein *furtum,* so könnte auch der gutgläubige Erwerber diese Sache nicht mehr vom Dritten mit der *Publiciana* einklagen; und gerade das Gegentheil spricht aus

l. 7 § 11 D. h. t. 6, 2 (Ulpianus). Praetor ait: 'qui bona fide emit'. non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet. proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

Durch dieses Fragment scheint der Angriff gegen die altanerkannte Regel zum Siege durchgeführt zu sein. Nun noch, wie Pampaloni dies thut, eine der damit geschaffenen Sachlage

[1]) l. 9 § 5 D. de Publiciana in rem actione 6, 2.

entsprechende *Furtum*-Theorie aufzustellen und so die positiven Consequenzen zu ziehen, sowie in den etwa noch fraglichen Einzelheiten eine Grenz-Regulirung vorzunehmen, unterlässt Pfersche; ihm kam es bloss darauf an, in dem betreffenden Satze ein Hinderniss wegzuräumen, welches anderen, ihn principiell beschäftigenden Ausführungen über das Verhältniss des mit der *rei vindicatio* belangten *m. f. por.* im Wege stand; er wünschte lediglich ein negatives Resultat zu erzielen; und ein solches meint er mit Sicherheit erreicht zu haben.

III. Ueberblick über das Folgende.

In den zwei vorhergehenden Abschnitten glaube ich die Ansichten derjenigen, welchen ich nunmehr als Widersacher entgegentreten möchte, möglichst getreulich wiedergegeben zu haben; besonders hielt ich auch darauf, die Grundzüge der gegnerischen Meinung im Zusammenhange vorzuführen, nicht vereinzelt und durch Widerlegungs-Versuche von einander getrennt, um von der wirklichen Bedeutung derselben einen genauen Begriff zu geben. Manche Einzelheit wird ja auch im weiteren Verlaufe dieser Arbeit Erwähnung finden; nur ganz ausnahmsweise, wo es ohne weitere Ausführung noch principiellen Gegensatz sich machen liess, habe ich schon den objektiven Bericht mit Polemik gemischt. Indem ich mich jetzt zu eigenen Ausführungen wende, scheint es mir richtig, zunächst diejenigen Bemerkungen Pampaloni's und Pfersche's, welche unabhängig von dem bisher für unsere Frage benutzten Quellen-Material eine Entscheidung zu gewinnen suchen, kritisch zu beleuchten; und erst nachdem hoffentlich auf diese Weise die Möglichkeit vorurtheilslos unbefangener Beobachtung des bisherigen Quellen-Materials wiedergewonnen sein wird, zuzusehen, ob dieses nicht doch für die herrschende Ansicht eine völlig genügende Grundlage abzugeben geeignet ist. Im Laufe dieser Ausführungen werden sich dann wohl von selbst Anknüpfungspunkte und Ansätze genügend ergeben, um schliesslich zu einigen positiven Vorschlägen überzugehen, für welche ich, da sie nur eine entwicklungsgemässe Revision und Vereinfachung der herrschenden Ansicht bezwecken, auf allgemeine Zustimmung rechnen zu dürfen hoffe.

IV. Widerlegung Pfersche's.

Ich wende mich zunächst gegen Pfersche.

1) Entschieden das eindrucksvollste seiner Argumente ist dasjenige, welches sich stützt auf die oben abgedruckte l. 7 § 11 D. de Publiciana in rem actione. Ist doch ohne weiteres zuzugeben, dass in Consequenz der herrschenden Meinung allerdings der redliche Erwerber einer vom *m. f. por.* veräusserten beweglichen Sache deshalb die Publiciana nicht haben kann, weil jene Sache nach ihr durch eine solche Veräusserung furtiv wird. Ebenso ist ohne weiteres zuzugeben, dass, wenn l. 7 § 11 cit. sich auf bewegliche Sachen bezöge, sie dieser Consequenz der herrschenden Lehre geradezu ins Gesicht schlüge und sogar allen Auskunftmitteln, welche man etwa aus der Lage des concreten Falles, dem Erfordernisse des *animus lucri faciendi* u. dgl. m. herzuleiten versuchen möchte, durch ihren blossen Wortlaut entgehen würde. Aber was zwingt uns denn anzunehmen, dass es sich hier um bewegliche Sachen handelt? Allerdings enthält die Stelle keinen besonderen Hinweis darauf, dass sie bloss von unbeweglichen Sachen rede; aber auch keinen darauf, dass sie bloss von beweglichen rede; benutzen wir die hiermit uns gegebene Freiheit und denken uns eine unbewegliche Sache als Gegenstand des Kaufes, so fällt die ganze Beweiskraft der Stelle in sich zusammen.

Pfersche selbst hat auf dieses Bedenken sich gar nicht eingelassen, vielmehr wohl als selbstverständlich betrachtet, dass die Stelle auch bewegliche Sachen treffe, weil sie ganz allgemein redet und so sich von vornherein auf alle möglichen Arten von Sachen zu beziehen scheint. Aber offenbar bezöge sie sich, wenn überhaupt auf bewegliche Sachen, doch sicher nicht auf solche, welche der Verkäufer selbst schon früher irgendwie, in gewöhnlicher Weise, gestohlen hätte; ihr Inhalt ist vielmehr lediglich der: die *mala fides* des Verkäufers hindert den in *mala fide* befindlichen Käufer nicht an der *Publiciana*, abgesehen natürlich von Fällen objektiver Vitiosität. Ob Ulpianus sich gerade, als er jenen Satz formulirte, besonders klar gemacht hat, in welchen Fällen der Kauf vom *m. f. por.* ohne eine solche objektive Vitiosität, d. h. ohne Furtivität, sich gestalten könne; oder ob ihm bloss im allgemeinen die Thatsache vorgeschwebt hat, dass es solche

Fälle in nicht unbeträchtlicher Anzahl und bei ganz natürlicher Gestaltung des Geschäftes gibt, ist irrelevant: wie denn auch aus dem Umstande, dass er auf diese Verhältnisse gar nicht hinweist, nicht einmal vermuthungsweise etwas geschlossen werden kann; denn da er den Satz:

„Haec actio in his, quae usu capi non possunt ... locum non habet“ [1])

erst später [2]) vorbringt, so durfte er hier noch keinenfalls denselben als bekannt voraussetzen noch auf ihn Bezug nehmen. Alles Weitere ist so schwankend; aber das Einzige, worauf es ankömmt, steht sicher: das in l. 7 § 11 Gelehrte durfte Ulpian so formuliren, sobald nur nicht in allen Fällen oder mit gar zu seltenen Ausnahmen in Folge des Verkaufes durch einen *m. f. por.*, welcher *callido consilio* verfährt, Furtivität eintritt; dies ist aber, auch nach der herrschenden Ansicht, nicht der Fall beim Verkauf unbeweglicher Sachen; die herrschende Ansicht und l. 7 § 11 cit. sind also keineswegs unverträglich.

Hätte Pfersche, welcher richtig die Umsicht der Glosse rühmt, wie sie sich bei Würdigung unserer Stelle erweist, diese Glosse demgemäss genauerer Betrachtung unterzogen, so hätte er diese Widerlegung seines schwerstwiegenden Argumentes schon in ihr finden können. Accursius ist nämlich in Bezug auf l. 7 § 11 cit. genau der soeben ausgeführten Meinung, er bezieht sie unbedenklich auf Immobilien und setzt sie so in Einklang mit der schon bei ihm ganz ausgebildet hervortretenden Regel, dass der *m. f. por.* einer beweglichen Sache dieselbe durch Veräusserung stiehlt.[3]) Es handelt sich um die von Pfersche selbst citirte *gl. Neque enim dolus ad h. leg.;* hier wird zunächst treffend bemerkt, demnach sei die *mala fides* des Verkäufers bloss ein persönliches, kein reales Vitium, deshalb gebe trotz derselben

[1]) l. 9 § 5 D. eodem.

[2]) l. 7 und l. 9 D. h. t. bildeten offenbar in Ulpian's Edikten-Werk ein fortlaufendes Stück; l. 8 ist aus Gaius, *ad edictum provinciale,* nur zur Ergänzung von l. 7 § 17 von den Compilatoren zwischengeschoben.

[3]) Diese Regel geben: gl. Dubitatio ad leg. 28 D. de contrahenda emptione etc. 18, 1; gl. Unde ad § 3 I. cit 2, 6; gl. Furtivum ad leg. 34 § 3 D. tit. cit. 18, 1; gl. Illicita ad leg. 1 und gl. Committit ad leg. 7 C. de usucapione pro emptore 7, 26; gl. Venum dedit ad leg. 16 C. de furtis etc. 6, 2; u. s. f.

die Stelle dem Käufer die *Publiciana;* dann aber heisst es weiter:

„sed hodie malae fidei etc. ut in auth. ut spons. larg. § rursus collatio IX."

d. h.: aber nach Novellen-Recht[1]) verhält es sich anders, nach Novellen-Recht hat der Käufer die *Publiciana* dann nicht, wenn der Verkäufer in *mala fide* war und der Eigenthümer von dem Verkäufer nichts wusste, s. Novelle 119, cap. VII. Nun aber bezieht bekanntlich[2]) die Glosse dieses Kapitel dieser Novelle nur auf Immobilien; erkennt sie also in ihr eine Einschränkung von l. 7 § 11 cit., so muss sie die letztere gleichfalls auf Immobilien beziehen; und damit gelangen wir zu dem Ergebnisse, dass die mit der herrschenden Ansicht verträgliche Interpretation von l. 7 § 11 cit. von jeher Platz gegriffen hat.

Allenfalls könnte man einwenden, wenn die Glosse l. 7 § 11 cit. auf Immobilien beziehe, so schliesse sie damit Mobilien nicht aus. Allein warum hat denn Accursius, welcher gerade in solchen Dingen peinlichst sorgfältig zu sein pflegt, die durch späteres Recht und doch nur unter einer weiteren Bedingung — derjenigen der mangelnden Kunde des Eigenthümers — eintretende Beschränkung des Ulpianischen Satzes angeführt, des Gegensatzes, in welchem sich dieser Satz nach Auffassung der Glosse von vornherein und durchgreifend zu den eben[3]) allegirten Stellen befände, nicht erwähnt? Offenbar nur, weil er gar keinen solchen Gegensatz annahm, weil er stets bei l. 7 § 11 cit. ausschliesslich an Immobilien dachte und die Einschränknng auf diese gerade so natürlich vornahm wie Ulpian selbst: beide halten es nicht einmal für geboten, dieselbe zu betonen[4]); und so werden auch wir wohl nunmehr über dieses Fragment als ein nach keiner Seite irgend etwas beweisendes hinweggehen können.

2) Mehrere Beweise wider die herrschende Ansicht entnimmt Pfersche dem *argumentum a silentio;* so zunächst, wenn er bemerkt, nicht ein einziges Mal werde in den Digesten die *actio*

---

[1]) „Hodie" bezeichnet in der Glosse technischer und charakteristischer Weise das Recht der Novellen im Gegensatz zu demjenigen der Pandekten und des Codex.

[2]) So richtig Pampaloni S. 285, Anm. 1.

[3]) S. 18, Anm. 3.

[4]) Vgl. etwa noch auf die Analogie hin gl. Dubitatio cit.

furti, welche nach unserer Regel den Veräusserer treffen würde, in ihrem Concurrenz-Verhältnisse zu *actio ad exhibendum* und *vindicatio* besprochen, obgleich doch *l. 15 pr. D. de r. v. 6, 1* es für nothwendig halte, selbst den „nichtssagenden" Fall einer Concurrenz von *vindicatio* und *actio iniuriarum* vorzuführen. — Die Schwäche einer derartigen Argumentation ist offenkundig: So wenig wir uns auch von der, häufig wohl zufälligen, Veranlassung Rechenschaft abzugeben vermögen, welche die Compilatoren dies in ihr Werk aufzunehmen, jenes wegzulassen bestimmt hat; so ist doch so viel klar, dass sie aus der Masse der Casuistik nur einiges herausgreifen durften; je mehr andere, mehr oder weniger ähnliche Concurrenz-Fälle also in den Quellen besprochen sind, desto weniger konnte von dem unseren noch ausdrücklich gehandelt werden. Uebrigens trifft Pfersche's Behauptung nicht einmal thatsächlich ganz zu; denn die Concurrenz zwischen Vindikation, *actio communi dividundo, actio ad exhibendum* und *actio furti* bespricht l. 3 § 2, l. 4 D. h. t. 6, 1 im Anschlusse an die von dem *m. f. por.* vorgenommene Commixtion: eine vollständigere Tabelle der denkbaren Klagen wird man sich kaum wünschen können.

3) Mehr Gewicht käme zu dem Stillschweigen der Quellen über den Punkt, dass durch Vermittlung unseres Satzes an Erbschaftssachen, entgegen der Regel *rei hereditariae furtum non fieri,* ein Diebstahl stattfinden könnte, — wenn dieses letztere wirklich zuträfe. Pfersche begnügt sich damit, die Behauptung aufzustellen, dass nach der herrschenden Ansicht, wenn der unredliche Erbschaftsbesitzer Erbschaftssachen nach Antritt der Erbschaft veräusserte, Diebstahl angenommen werden müsse; diese Folge sollen wir als gegeben hinnehmen. Aber wieso denn? Was verhält sich, die Erbschafts-Lage anlangend, denn anders, ob ein Nicht-Besitzer oder ein bösgläubiger Besitzer Sachen aus der noch nicht angetretenen oder aus der angetretenen, aber von dem Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft sich aneignen? Wenn ersterer hier ausnahmsweise nicht als Dieb gilt, warum soll sich die Ausnahme nicht auch auf letzteren beziehen? Pfersche mag ja seine eigene, bisher noch völlig unbekannte Auffassung von dem Grund und dem Wesen der Unstehlbarkeit von Erbschaftssachen haben, welche diese Fragen zu lösen geeignet ist; aber er äussert sie in keiner Weise und so ist der Leser darauf angewiesen, sich dem Autor gewissermassen

zu substituiren und selbst unter Berücksichtigung der Litteratur Rundschau zu halten, ob sich eine irgendwie zutreffende Anschauung entdecken lässt, welche das von Pfersche Postulirte zu leisten im Stande wäre.

Sucht man vom dogmatischen Gesichtspunkte aus nach einer Begründung des Ausnahmesatzes *rei hereditariae furtum non fieri,* so wird man stets, wie es auch von jeher geschehen ist, an l. 1 § 15 D. *si is qui testamento liber esse etc.* 47, 4 und deren Wendung „*furtum possessionis fieri*" [1]) anzuknüpfen geneigt sein. Die Anschauung freilich, als sei hier „*possessio*" im gewöhnlichen exakten Sinne zu nehmen, hat längst [2]) aufgegeben werden müssen, selbst Pampaloni, dem sie doch für seine Contrectations-Theorie sehr zu Statten kommen würde, verwirft sie [3]). Besonders seit Unterholzner [4]) in scharfer und ausfuhrlicher Weise die Methode moderner Quellen-Interpretation auf das Verhältniss angewendet hat, in welchem der Entwendungsbegriff zu dem Besitze steht, wird hierauf ausführlicher zurückzukommen unnöthig sein; man denke nur an die einem Kriegsgefangenen widerfahrene Entwendung [5]); den Fall der vom Wolf geraubten Schafe [6]) oder sonst des verlaufenen Viehs [7]), welches ein Dritter an sich nimmt, u. dgl. m. — Deswegen hat denn zunächst Huschke [8]) versucht zu helfen durch eine für unseren Fall anzunehmende weitere Deutung des Wortes *possessio;* Scaevola's Gedanke sei richtig, wennschon der Ausdruck „vielleicht mangelhaft". Er wolle nämlich sagen, dass das *furtum* stets eine faktische Entziehung voraussetze, faktisch auch auf Seiten dessen, dem man die Sache entzieht; deshalb sei zum Diebstahl Verletzung eines „persönlichfaktischen Interesses" nothwendig; und dieses subjektive Interesse-Verhältniss, welches hier Scaevola als *possessio* bezeichne, mangle

---

1) Die l. 1 cit. ist von Ulpianus, der § 15 cit. als Ansicht des Scaevola mitgetheilt.

2) Einer der letzten, welcher an ihr festhält, dürfte sein Martin, Lehrbuch des gem. D. Strafrechts, 2. Aufl. 1829, § 161, Note 1.

3) S. 346—347.

4) Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der ges. Verjährungslehre, Leipzig 1828, Bd. I. S. 212 fg.

5) l. 41 pr. D. de furtis 47, 2; vgl. l. 19 D. ex quibus causis mai. 4, 6.

6) l. 44 D. de acquirendo rerum dominio 41, 1.

7) l. 1 § 1 D. de abigeis 47, 14.

8) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV. S. 189 fg.

der *hereditas iacens* gegenüber. Nach der Antretung zwar hat der Erbe

„die entstandene Lücke ausgefüllt; aber in ein persönlich-faktisches Interesse, aus dem die Sache allein entwandt werden kann, tritt er erst ein, wenn er auch den Besitz derselben ergreift." —

Diese Erklärung findet Billigung auch in der meines Wissens jüngsten Arbeit, welche sich mit dieser Frage befasst, in Schirmer's Abhandlung zur Lehre vom *Furtum* [1]; jedoch wird hier das Bedürfniss anerkannt, der Huschke'schen Umschreibung eine etwas „concretere, praktisch-fassliche Begrenzung" zu geben. Schirmer lehrt deshalb, es bedürfe zum Diebstahl auf Seiten des Bestohlenen einerseits des Rechts unmittelbarer Besitznahme oder des Rechts zur Abforderung des Besitzes mittels dinglicher Klage; andererseits einer subjektiv-persönlichen Herrschaft; keines von beiden Erfordernissen sei gegeben der *hereditas iacens* gegenüber, wohl ersteres, nicht aber letzteres dem Erben gegenüber, welcher angetreten, aber noch nicht Besitz ergriffen hat; gegen beide könne also kein Diebstahl stattfinden, das wolle Scaevola ausdrücken und das sei auch wirklich die zutreffende Erklärung dafür, dass *rei hereditariae furtum non fit.*

Was an allen diesen Betrachtungen, mag man sie übrigens für ausreichend halten, oder nicht, geändert wird, wenn man sich die Erbschafts-Sache in der Hand eines unredlichen Erbschafts-Besitzers, welcher sie veräussert, denkt, glückt es mir nicht zu entdecken; der Mangel desjenigen Erfordernisses, welches Scaevola *„possessio"* nennt, lege man das Wort mehr oder weniger genau aus, bleibt stets derselbe; man müsste denn das grobe Versehen begehen, das Erforderniss, welches auf Seiten des zu Bestehlenden vorhanden sein muss, mit demjenigen, welches auf Seiten des Diebes verlangt wird, zu verwechseln und zu sagen, der Dieb verletze seine eigene *„possessio"*. Der Umstand, dass die vom Erben nicht besessene Erbschaftssache von einem Anderen besessen wird, kann bei irgendwelcher Deutung von Scaevola's Ausspruch vielmehr nur dann Bedeutung gewinnen, wenn nicht dieser Andere selbst, sondern wieder ihm ein Dritter

[1]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. V, Rom. Abth. S. 207—219, speciell S. 212. (1884.)

die Sache wegnimmt; denn dann verletzt der Wegnehmende wirklich eine *possessio*, so dass er dann wirklich einen Diebstahl begeht, also ausnahmsweise eine *res hereditaria* gestohlen wird, wie die Quellen auch direkt bezeugen [1]); weiter ist hier nicht zu kommen.

Eine Variante der bisher dargestellten Erklärungen könnte, an ein von Schirmer a. a. O. mitgetheiltes Basiliken-Scholion [2]) 'αμαρτάνειν κλοπὴν πρὸς πρόσωπον anknüpfend, sich dahin äussern, es bedürfe zum Diebstahle einer greifbaren, individuell verletzbaren Persönlichkeit; eine solche ist zweifellos in der *hereditas iacens* nicht vorhanden; für die noch nicht in Besitz genommenen Sachen der angetretenen Erbschaft könnte man dann mit dem geistreichen Retes [3]) etwa so fortfahren: Der Erbe, welcher angetreten, die Sache aber noch nicht in Besitz genommen hat, ersitzt, ohne zu besitzen; behufs Ersitzung muss jemand besitzen; bleibt nichts übrig, als anzunehmen, dass als Subjekt dieses Ersitzungsbesitzes die *hereditas iacens* noch fortbestehe; durch Entziehung des Besitzes wird also jetzt nach wie vor dem Antritt nur diese verletzt; auch hier bildet demgemäss diese Entziehung Mangels verletzten Individuums keinen Diebstahl. — Aber selbst wenn jemand an dieser Variante Geschmack gewinnen sollte, so würde er doch damit nicht zu Pfersche's Annahme gelangen können, nach welcher, vorausgesetzt, dass überhaupt die Veräusserung des *m. f. por.* Diebstahl sei, auch diejenige des Erbschaftsbesitzers Diebstahl sein müsste; denn der veräussernde Erbschaftsbesitzer verletzt ebensosehr und ebensowenig eine individuelle Persönlichkeit.

Recht befriedigend sind alle diese dogmatischen Begründungen nicht [4]); deshalb bezeichnen schon v. Wächter [5]) und Unter-

---

[1]) l. 14 § 4, l. 69—71 D. de furtis 47, 2; vgl. Huschke, a. a. O., S. 215, Anm. 213; Unterholzner, Verjährung I. S. 218.

[2]) Bas. 60, 12, cap. 70, Schol. 2, 3 Hagiotheod. ed. Heimbach V, 522.

[3]) Opusc. VII, 2. (Meermann, Thesaurus, VI, pag. 335, No. 25.)

[4]) Natürlich konnte ich hier nicht daran denken, sie alle, so viele ihrer zu verschiedenen Zeiten versucht worden sind, durchzusprechen, sondern nur die plausibleren auswählen; die älteren zeichnen sich übrigens meist durch grosse Unbestimmtheit und Ungreifbarkeit aus, siehe z. B. Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 386.

[5]) v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts II, § 197, Note 98; und im Rechtslexikon Bd. III, S. 384, Note 178.

holzner[1]) als zutreffendere Erklärung des bei besitzlosen Verlassenschaftsachen geltenden besonderen Rechts eine historische, diejenige aus der alten lukrativen *usucapio pro herede;* eben um diese letztere zu ermöglichen, musste der Diebstahl hier ausgeschlossen werden. Die Annahme eines solchen geschichtlichen Zusammenhanges findet ihre feste Stütze in Gaius III, 201 verglichen mit II, 58; ihr sind denn auch die meisten Autoren beigetreten[2]) und kann sie wohl als die weitest verbreitete bezeichnet werden.[3]) Ist nun etwa dadurch, dass die Sache in der Hand eines unredlichen Erbschaftsbesitzers sich befindet, die *improba pro herede usucapio* allgemeinhin oder auch nur diesem selbst untersagt? Derartiges anzunehmen haben wir weder in den Quellen irgendwelchen Anhalt, noch in der Sache irgendwelchen Anlass. Auch von diesem geschichtlichen Gesichtspunkte aus bleibt es demnach dabei, dass, wennschon im allgemeinen der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, der veräussernde Erbschaftsbesitzer darum noch nicht zu stehlen braucht; wenn die Quellen nicht erwähnen, dass der Satz, der veräussernde *m. f. por.* stehle, eine Ausnahme von dem Satze *rei hereditariae furtum non fieri* bedinge, so ist dies vom Standpunkt der herrschenden Ansicht aus einfach so zu erklären, dass der eine Satz eine Ausnahme von dem andern thatsächlich nicht bedingt.

4) Dagegen lässt sich allerdings nicht leugnen, dass unser Satz und derjenige, nach welchem *mala fides superveniens non nocet,* einander in ihrem Wirkungskreise berühren. Das Mass dieser Einwirkung bestimmt Pfersche richtig[4]) dahin,

„dass man usukapirt, wenn man die Sache unverändert ruhig behält, dass man jedoch die Sache überhaupt unersitzbar macht und noch obendrein als Dieb haftet, wenn man sie specificirt“

oder veräussert; und weiter wird man ihm auch darin nur zustimmen können, wenn er dieses Resultat als ein „sonderbares“

---

[1]) Unterholzner a. a. O. S. 217—218.

[2]) Siehe besonders noch Arndts, im Rheinischen Museum, II, 132, Note 9.

[3]) Wie sie z. B. allein vorgetragen wird von Windscheid, II, § 454, Note 16.

[4]) Uebertrieben bestimmt er es in der oben S. 12, Anm. 1 mitgetheilten Stelle, in welcher er übrigens nur bedingt („wenn man — erklären wollte“, offenbar nämlich mit Pampaloni) redet; auf diesen Punkt ist nicht mehr zurückzukommen.

bezeichnet. Nur liegt die Ursache der Sonderbarkeit wohl weniger in dem uns hier wesentlich beschäftigenden, als in dem anderen Satze von der Unschädlichkeit der *mala fides superveniens*. Stets und von allen Seiten ist diese letztere Regel des Römischen Rechts als eine höchst auffallende, erklärungsbedürftige angesehen worden; meines Wissens nur ein einziger Autor, v. Brinz[1]), geht so weit, in ihr nicht nur keine Singularität zu finden, sondern umgekehrt die Fälle als anomale zu betrachten, in welchen der *mala fides superveniens* Wirkung beigelegt wird. Man wird von mir hier keine Widerlegung des allgemeineren Standpunktes erwarten, von welchem aus diese Brinz'sche Anschauung gewonnen ist; diese Lehre von dem geradezu bonitarischen Eigenthumsrecht des *b. f. por.*, welches, einmal erworben, unabhängig von der Entstehungsursache der *bona fides* weiter besteht, hat ja ebenso allgemeinhin für ihren richtigen Kern die gebührende Anerkennung, wie in Bezug auf die einseitig übertreibende Form die unvermeidliche Abweisung erfahren.[2]) Form ist, dass der gutgläubige Erwerb den Erwerber in ein Verhältniss zu der Sache setzt, welches dem bonitarischen Eigenthum ganz gliche; wenn dies der Fall wäre, verstände es sich allerdings von selbst, dass dieses Verhältniss trotz eintretender *mala fides* zum vollen Eigenthum durch Ersitzung sich auswachsen müsste. Kern ist, dass der gutgläubige Erwerb den Erwerber in ein eigenes Verhältniss zu der Sache setzt, welches allerdings ein dauerndes und dinglichen Berechtigungen weiterer Natur ähnliches, in Bezug auf seine einzelnen Wirkungen aber ein für jeden Sonderfall speciell vom Gesichtspunkte des positiven Rechts aus zu prüfendes ist; wenn zu diesen Wirkungen gerade die gehört, dass es auch dem in *malam fidem* Gerathenen die Möglichkeit vollen Eigenthumserwerbes durch Ersitzung gewährt, so ist dies jetzt keineswegs mehr selbstverständlich, oder auch nur aus diesem Zusammenhange herzuleiten; sondern lediglich eine mit dem Satze *mala fides superveniens non nocet* gesetzte Thatsache der Ersitzungslehre, welche genau in demselben Maass eigenthümlich oder erklärbar erscheint, wie dieser Satz selbst. Nun ist dieser Satz ja freilich ebensowenig absolut „unerklärbar", wie irgend eine menschliche

---

[1]) v. Brinz, Zum Rechte der *b. f. pio.*, bes. S. 104 fg.

[2]) Vgl. etwa vorübergehend, aber treffend Bechmann, Kauf I, S. 389.

Satzung; er hat seine historische Begründung darin, dass wahrscheinlich in ältesten Zeiten man für die Ersitzung *bona fides* nicht einmal zu Anfang verlangte[1]; er hat seine praktische Begründung darin, dass er wesentliche Beweis-Erleichterung schafft und so die durch das Institut der Ersitzung angestrebte Eigenthums-Sicherheit erhöht, praktische Motive, welche bewirkt haben mögen, dass, als man das Erforderniss der *bona fides* einführte, man es gleichzeitig auf den Ersitzungs-Anfang beschränkte; aber principiell aus den sonst durchgreifenden Grundsätzen der Ersitzungslehre ist er nicht herleitbar, zu diesen steht er vielmehr in einem scharfen Gegensatz, in Folge dessen er als Singularität zu bezeichnen ist. Zwar hat es nicht an Bemühungen gefehlt, diesen Gegensatz als einen bloss scheinbaren zu gestalten und so zu heben[2]; sie alle aber mussten scheitern an der einfachen Erwägung, dass es theoretisch in ein System, welches die Ersitzung nur noch auf Grund objektiv gerechtfertigter wie subjektiv vorhandener Redlichkeit zulässt, nimmermehr hineinpasst, wenn derjenige, welcher die Sache wissentlich als eine fremde besitzt, die Ersitzung dennoch zu Ende führt; darin, dass ihm dies gestattet wird, liegt ein Bruch mit der Grundlage der Redlichkeit, welcher sich durch Utilitäts-Rücksichten erklären und rechtfertigen, nicht aber als solcher verdecken und ableugnen lässt. Es ist eben hier etwas *propter utilitatem, contra iuris rationem introductum;* verwunderlich ist es demnach nicht, wenn man gelegentlich zu Resultaten kömmt, in welchen die zu Grunde liegende Anomalie schneidend zu Tage tritt, Resultate, welche man dann eben mit in den Kauf zu nehmen sich entschliessen muss. So sagt uns[3]) die l. 15 § 2 D. de usucapionibus et usurpationibus 41, 3 (Paulus):

„Si quis bona fide possidens ante usucapionem amissa pos-

---

[1]) Aehnlich meint v. Stintzing, Das Wesen von *bona fides* und *titulus*, S. 34 fg., ursprünglich habe jeder Besitzer, mit Ausnahme des *fur*, usukapiren können.

[2]) Nichts, was über Umschreibung des positiven Rechtssatzes selbst hinausginge, scheinen mir zu bieten v. Scheurl, Beiträge I, S. 220, und Schirmer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess XV, S. 292 fg.; die Erklärungen von Möllenthiel und Unterholzner aber widerlegt kurz und schlagend v. Stintzing a. a. O., S. 34. Gegen Puchta, Böcking und v. Ihering s. v. Brinz, a. a. O., S. 103 u. 104.

[3]) Unter Bestätigung durch l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4 (Julianus).

sessione cognoverit esse rem alienam et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu, quia initium secundae possessionis vitiosum est."

Dem scheint mir unser Fall ganz analog zu sein; derjenige, welcher eine Sache in *bona fide* erworben hat, würde sie trotz *mala fides superveniens* usukapiren, wenn sie ganz ruhig bliebe, gar nichts mit ihr und an ihr vorginge; veräussert er sie, specificirt er sie, verliert er sie, so geht ihm damit die Usukapions-Möglichkeit verloren, indem nun die bis dahin ausnahmsweise suspendirten Folgen der *mala fides superveniens* hervortreten. Das ist, wenn man will, eine Sonderbarkeit, eine Irregularität, jedenfalls eine Ineleganz; aber nichts berechtigt uns, es als eine unerträgliche Consequenz zu betrachten oder gar deshalb einen innerlich wohlbegründeten Satz, falls sich die herrschende Ansicht von der Veräusserung des *m. f. por.* als ein solcher herausstellt, zu leugnen.

Nicht einmal scheint mir diesen Verhältnissen, um dies hier gleich mit zu erledigen, die Berechtigung entnommen werden zu können, den Satz, dass der Veräussernde *m. f. por.* stehle, einzuschränken auf denjenigen *m. f. por.*, welcher ein solcher von Anfang seines Besitzes an ist und für unanwendbar zu erklären auf den in *mala fide supervenienti* befindlichen Besitzer, wie dies von Seiten einiger Autoren geschieht[1]). Denn nimmt man einmal, doch wohl auf Grund von Quellen-Zeugnissen, den Satz der herrschendeu Meinung selbst als richtig an, so darf man nicht, ohne jeden quellenmässigen Anhalt, bloss um unangenehmen oder ineleganten Kreuzungen vorzubeugen, ihn beliebig modeln und einengen; vielmehr muss man dann auch den Muth haben anzuerkennen, dass, wer sich ruhig verhaltend usukapirt haben würde, veräussernd stiehlt; ebenso wie Julianus und Paulus den Muth gehabt haben anzuerkennen, dass, wer ruhig im Besitze bleibend usukapirt haben würde, nachdem er die Sache verloren und wiedergewonnen hat, nicht mehr usukapiren kann.

---

[1]) So von Unterholzner, I. S. 206 (2. Aufl., S. 212, Anm. 210), unter Zurückziehung seiner eigenen früheren, weitergehenden (Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 122, Anm. 1*) Meinung; und von Beer, Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen, Inaugural-Dissertation, Leipzig 1884, S. 10, Anm. 2; nicht hierher gehört dagegen Schirmer, Grundidee der Usukapion, S. 136, Anm. 84.

5) Wenn endlich noch Pfersche sagt[1]: „auch die Regel von der *accessio possessionis* wäre wesentlich modificirt, da ja nur die Zeit eines redlich verbliebenen Auktors zugerechnet werden könnte", so gestehe ich dies absolut nicht verstehen zu können. Dass sich als Resultat der herrschenden Ansicht die Unterbrechung der Ersitzung ergibt, sobald ein *auctor malae fidei* Furtivität begründet, ist schon im Vorhergehenden erledigt und kann doch mit jener Redeweise nicht abermals gemeint sein; wie es aber daneben oder unabhängig davon, bei Annahme oder Verwerfung der herrschenden Ansicht, noch zu einer *accessio possessionis* kommen soll, bei welcher etwa die Zeit des redlich verbliebenen Auktors eingerechnet, die des unredlich gewordenen nicht eingerechnet würde, ist nicht abzusehen. —

V. Widerlegung Pampaloni's.

Wir gelangen zu Pampaloni zurück, mit welchem wir uns etwas tiefergehend werden auseinanderzusetzen haben.

1) Es wird richtig sein, zunächst Pampaloni's systematische Behauptung auf ihre Haltbarkeit und zwar so zu prüfen, dass dabei seine Einzel-Anschauungen noch nicht kritisirt, sondern als gegeben einstweilen angenommen werden. Ist es zutreffend, dass die zum Diebstahle erforderliche *contrectatio* nur vorliegt, wenn entweder die Herrschaft des, wennschon nicht besitzenden, Eigenthümers direkt ihm gegenüber oder irgendwie ein Besitz-Verhältniss durch die Aneignung verletzt ist?

In dieser Bestimmung ist zunächst die Wahrheit enthalten, dass das Römische *furtum* ungeschieden Delikte gegen das Eigenthum und gegen den Besitz in sich schliesst; ein *furtum* kann sowohl darin liegen, dass das Herrschaftsrecht des besitzenden oder nicht besitzenden Eigenthümers, wie darin, dass der Besitz eines berechtigten oder unberechtigten Besitzers gestört wird; darüber ist man wohl heutzutage einig[2], wennschon geneigt, das

---

[1]) Ich habe diese seine Argumentation in Abschnitt II ihrer geringen Bedeutung willen zu Gunsten der Kürze übergangen.

[2]) Siehe ausser den bekannten Lehrbüchern etwa noch v. Brinz, Zum Recht der *b. f. pio.*, S. 118 fg.; Schirmer a. a. O. (Zeitschrift der Sav.-Stiftung 1884) durchweg; Pfersche, Abhandlungen, S. 133, letzter Absatz.

Besitz-Moment etwas mehr in den Vordergrund treten zu lassen als die Römer, welche, wenn sie allgemeiner reden, meist das Eigenthums-Moment betonen. Diesen Lehrsätzen wäre nun aber weiter nach Pampaloni eine Einschränkung zuzufügen; die Verletzung des Eigenthümers müsste stets eine direkt gegen ihn gerichtete, ihn unmittelbar ins Gesicht treffende sein; das ist der neue Zusatz, welchen er aufstellt.

Dass dieser Zusatz sich weder aus den Römischen Definitionen noch aus dem Römischen Begriff des Diebstahls herleiten lässt, ist klar; etwas Derartiges zu unternehmen versucht Pampaloni auch gar nicht; sondern er stützt die Berechtigung des Zusatzes bloss darauf, dass derselbe, ohne wirkliche Diebstahlsfälle auszuschliessen, gestattet, den veräussernden, specificirenden, Früchte percipirenden, derivativ erwerbenden *m. f. por.* nicht als Dieb zu betrachten, als welcher er sonst definitionsgemäss erscheinen würde; bloss von diesem Gesichtspunkt aus ist der Zusatz gebildet; bloss dies zu leisten ist seine Aufgabe; aber selbst diese erfüllt er keineswegs so ganz ungezwungen. Dass der Finder *di fronte al proprietario* unterschlägt, den er gar nicht kennt und der vielleicht schon lange ausser Beziehung zu der Sache ist; während, wer die Sache unmittelbar nach dem Eigenthümer, etwa gar mit beiderseitiger Kunde von einander, als *m. f. por.* in der Hand hat, nicht unmittelbar gegen den Eigenthümer contrektiren soll: das sind doch Sätze, welche man nur begreift, wenn man weiss, dass nach Ansicht Pampaloni's der Erstere ein *furtum* begehen kann, der Letztere nicht; auf welche bloss vom Princip der unmittelbaren Verletzung aus aber kaum jemand kommen würde. Dies hat denn wohl auch Pampaloni selbst gelegentlich gefühlt und dem Mangel abzuhelfen gesucht durch die langwierig gequälte Deduktion, welche oben[1]) in wörtlicher Uebersetzung mitgetheilt worden ist; nach dieser Deduktion schliesst der Zusatz für sich allein vom *furtum* aus nur den Fall desjenigen, welcher in *mala fide* vom zustimmenden Besitzer, wennschon unter Verletzung des Eigenthümers, erwirbt; mühsam muss dann weiter aus diesem Falle auf die Lage des specificirenden, veräussernden u. s. f. *m. f. por.* geschlossen werden; in einer Schlussfolgerung, welche ich mich bescheiden will eine mindestens recht unklare zu heissen.

[1]) S. 8, 9.

Ebenso unklar ist der Zusatz selbst als Glied einer Definition betrachtet. Der Ausdruck „unmittelbar“ soll nicht etwa wörtlich eng gefasst werden, sondern noch weit genug, damit die Unterschlagung des Detentor nicht vom Diebstahle ausgeschlossen sei; dagegen ist die Verletzung keine „unmittelbare“ mehr, wenn die Sache in der Hand eines Besitzers steht. Allerdings, in letzterem Falle liegt eine noch etwas stärkere Mittelbarkeit vor als im vorhergehenden; aber völlige Unmittelbarkeit liegt doch auch schon im ersteren nicht mehr vor; wer sollte nun aus der Definition diese zarte Grenzlinie erkennen und die gewünschten Folgesätze auf diese Weise herzuleiten in der Lage sein, sofern er sie nicht eben bereits vorher kännte? Charakteristisch für die unabgeschlossen schwankende Natur dieser seiner Anschauungen ist es, wenn Pampaloni bei Entwickelung derselben sich mit Vorliebe solcher Ausdrücke bedient, welche keine feststehende juristische Bedeutung haben, sondern lediglich die Richtung und Schattirung, auf welche es ihm ankommt, annäherungsweise, subjektiv und bildlich andeuten[1]). Der so sich ergebenden Elasticität mag er sich gelegentlich mit Vortheil bedienen, um unangenehmen Folgen zu entgehen, einander sehr ähnliche Thatbestände je nach Bedürfniss als diebische oder nicht diebische abzuleiten; aber derartige Elasticität in einem Definitions-Gliede, wie der Bedarf einer solchen innere Schwäche der ganzen Theorie verräth, macht die Definition zugleich zu einer werthlosen.

Da ist es nun merkwürdig, dass dieser Zusatz, welcher sich seinen bestimmungsgemässen Zwecken gegenüber so haltlos erweist, sofort, wenn wir ihn zu einigen anderen unbestrittenen, von Pampaloni selbst berücksichtigten Erscheinungen der Diebstahls-Lehre in Beziehung setzen, Consistenz genug gewinnt, um sich diesen gegenüber als unzutreffend zu erweisen. Trotz aller seiner Biegsamkeit lässt er sich nicht so enge auslegen, dass er nicht einige Fälle, welche quellenmässig als *furta* erscheinen, ausschlösse.

a) Wenn man schon mit Pampaloni annimmt, dass, wer von einem Dritt-Besitzer mit dessen Einwilligung in *mala fide*

---

[1]) Dieselben sind eben deshalb schwer in der Uebersetzung genau wiederzugeben; ich citire: di fronte al proprietario; l'agente si sustiuisce direttamente al domino; ha suppiantato il domino; u. s. f.

erwirbt, nicht stiehlt, so wird man doch stets, mit Pampaloni[1]) durch die Quellen[2]), sich gezwungen sehen, eine Ausnahme zu machen für denjenigen, welcher vom Diebe, wissend dass er ein Dieb ist, erwirbt; dieser begeht unzweifelhaft ein *furtum*.

Allerdings erscheint uns diese Handlung als ein *delictum sui generis,* als Hehlerei nämlich, wie denn auch wohl der Wunsch diese zu treffen den Bestimmungen des Römischen Rechts zu Grunde liegt, welchen dann weiter unser Special-Delikt entwachsen ist; aber die Römer behandeln doch diese Fälle als ganz gewöhnliche *furta;* in den betreffenden Fragmenten und Constitutionen weist kein Wort darauf hin, dass es sich hier um ein Besonderes, von sonstigen Thatbeständen Verschiedenes handle; vor allem kennen die allegirten Stellen keinen eigenen Hehlerei-*dolus,* verlangen nicht etwa, dass der Dritte erwerbe *animo suscipiendi et celandi,* wie man sich etwa im Anschlusse an § 4 *i. f. I. de obligationibus quae ex delicto nascuntur* ausdrücken könnte; wie denn auch dieser Paragraph bloss als selbstverständlich bemerkt, dass, wenn jemand *sciens rem furtivam suscepit et celavit,* er ein *furtum nec manifestum* begeht. Aus alledem folgt, dass der Begriff der Hehlerei den Römern noch mit im Diebstahls-Begriffe enthalten, von ihnen aus der Masse der *furta*-Fälle nicht ausgesondert ist; wer eine zutreffende Definition des Römischen *furtum* aufstellen will, hat dafür zu sorgen, dass der Thatbestand wissentlichen Erwerbes vom Diebe unter dieselbe passe.

Unter die Definition mit Pampaloni'schem Einschränkungs-Zusatz aber passt dieser Thatbestand nicht; denn weder ist bei ihm irgend welcher Besitz verletzt, da der zweite Dieb (Hehler) ja von dem besitzenden ersten Dieb mit dessen Willen erhalten hat; noch das Recht des Eigenthümers direkt, denn zwischen ihm und dem zweiten Dieb steht ja ein *m. f. por.,* der erste Dieb, so dass von Unmittelbarkeit in Pampaloni's Sinne nicht mehr die Rede sein kann.

Pampaloni hat diesen Einwurf vorausgesehen und die Ausnahme als eine scheinbare in doppelter Weise auf die Regel zurückzuführen sich bemüht. Formal so, dass hier wegen der

[1]) Pampaloni S. 328; s. auch Pfersche S. 130.

[2]) l. 14 D. commodati vel contra 13, 6; l. 10 § 1 C. quod cum eo qui in aliena etc. 4, 26; l. 14 C. de furtis 6, 2; und wohl auch l. 12 C. eodem.

starken Unredlichkeit der Erwerb des zweiten Diebes (Hehlers) sich mit demjenigen des ersten Diebes so innig verbände und verschmölze, dass letzterer ersterem seinen diebischen Charakter „transmittire“ — eine bildliche Wendung, auf welche Pampaloni selbst nicht viel Werth legen wird; innerlich so, dass,

> „wenn man vom Diebe selbst, um den Diebstahl wissend, eine fremde Sache erwirbt, es sich um diese dolose Usurpation so verhält, als geschähe sie *di fronte al proprietario* und zwar wegen der deliktischen Natur derjenigen Macht, welche *de facto* an Stelle der Macht des Eigenthümers getreten ist, und wegen der speciellen *mala fides* des Erwerbers.“

Aus diesen geschraubten Wendungen kann ich nichts anderes herauslesen, als: wer wissend vom Dieb erwirbt, ist Dieb; Diebstahl ist direkte Verletzung des Eigenthums; also muss, wer vom Diebe wissentlich erwirbt, so betrachtet werden, als verletze er direkt den Eigenthümer, wenngleich dies *de facto* nicht der Fall ist; eine Widerlegung derartig hohler Fiktionen wird man nicht von mir verlangen. — Auf eine eben solche Fiktion würde es aber hinauslaufen, wenn man, um Pampaloni zu stützen, eine bei anderer Gelegenheit[1]) von ihm gemachte Bemerkung hierherziehen und derselben gemäss so argumentiren wollte: Die juristische Stellung des Diebes und des gewöhnlichen *m. f. por.* ist eine ausserordentlich verschiedene; der gewöhnliche *m. f. por.* gilt nämlich als *possessor suo nomine,* den Dieb dagegen sieht die Römische Jurisprudenz so an, als hätte er die Detention im Namen des Bestohlenen; wer also vom Diebe erwirbt, verletzt gerade so direkt den Eigenthümer, wie wer vom Detentor erwirbt. Hierbei wird nur die Fiktion statt uns vielmehr der Römischen Jurisprudenz zugemuthet; dieselbe soll annehmen, der Dieb sei zu betrachten, als „habe er die Sache vom Eigenthümer“. Ist es nöthig, die Römische Jurisprudenz gegen eine derartige Unterstellung zu vertheidigen? Es würde schon der Hinweis darauf, dass sie den Dieb als wahren juristischen Besitzer ausdrücklich anerkennt, genügen[2]). An dieser längeren Gedanken-Kette ist nur Ein unscheinbares Zwischenglied richtig; wenn der Bestohlene den Dieb so behandelt, als habe der Dieb die Sache mit Ein-

---

[1]) Pampaloni, a. a. O., S. 320.

[2]) l. 11 § 1 — l. 13 pr. D. de petitione hereditatis 5, 3.

willigung des Bestohlenen, so wird der Dieb diesem dies nicht verwehren, sich dagegen nicht auf seine eigene *turpitudo* berufen können; er wird also persönlich dem Bestohlenen stets mindestens so streng wie ein Detentor *alieno nomine* haften müssen, das lässt sich auf diese Weise herleiten; aber auch keine Spur mehr, nichts auf die weitere Behandlung des Diebes selbst und erst recht nichts auf Dritte Bezügliches.

Trotz Pampaloni's vorbeugender Bemerkungen kommt die Sache stets wieder darauf hinaus, dass der Diebstahl des wissentlich vom *fur* Erwerbenden mit dem Pampaloni'schen Zusatz in Conflikt tritt; und nicht etwa bloss in einen äusserlich-dialektischen, auf welchen kein Nachdruck zu legen wäre; sondern in einen logisch-sachlichen. Pampaloni's Auffassung stellt sich eben dar als mit der Römischen nicht zusammentreffend, d. h. als falsch; Unmittelbarkeit der Verletzung des Eigenthums ist kein Erforderniss des *furtum*.

b) Dasselbe ergibt sich von einer anderen Betrachtung aus, sogar wohl noch etwas schlagender.

Von einer „direkten" Verletzung des Eigenthums, das gerade will Pampaloni sagen, kann nicht mehr die Rede sein, sobald die Sache einmal in der Hand eines Dritt-Besitzers ist; wenn also von da ab überhaupt noch ein Diebstahl an der Sache möglich ist, so kann derselbe nach Pampaloni höchstens als Besitz-, nicht mehr als Eigenthums-Verletzung erscheinen. Für den Fall nun aber, dass die Sache in der Hand eines *b. f. por.* ist, ergibt das direkte Gegentheil l. 75 D. de furtis 47, 2 (Javolenus):

> Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus; quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet. respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

Eine eigenthümliche Auslegung hat freilich v. Brinz[1]) dieser Stelle gegeben; um nämlich das Anfangs-Wort *furtivam* zu ver-

---

[1]) Recht der *bonae fidei possessio*, S. 120—121.

werthen, legt er ihr folgenden Fall unter: Attius hat dem X. eine Sklavin gestohlen, diese dem Y., der bei dem Handel *bona fide* war, für zwei *aurei* verkauft und stiehlt sie nun wieder dem Y.; d. h. v. Brinz nimmt an, das erste Wort *furtivam* enthalte einen Hinweis auf einen weiteren, vor dem in dem Fragment ausführlich erzählten liegenden Diebstahl, und identificirt dann den Autor der beiden Diebstähle. Hierdurch schafft er sich zunächst eine Reihe von Schwierigkeiten; er lässt den Javolenus uns lang und breit die unglaubliche Trivialität vortragen, dass, wer dieselbe Sache zwei Mal hintereinander Verschiedenen stiehlt, beiden Strafe schuldig wird[1]); Javolenus stellt seine Entscheidung dar als etwas, was einen leicht in Erstaunen setzen könnte *(nec nos movere debet),* während sie doch das Natürlichste von der Welt wäre; und der Satz *quippe cum* u. s. f. würde ganz unverständlich, denn wenn es sich um zwei nacheinander erfolgte Diebstähle an demselben Objekt handelt, so würde die an sich leicht begreifliche Thatsache doppelter Bestrafung nicht leichter begreiflich deshalb, weil hier die zwei Bestohlenen gerade verschieden an dem gestohlenen Objekt interessirt, die beiden Strafen also verschieden zu bemessen sind, während allerdings der Umstand, dass durch Einen Thatbestand[2]) zwei Interessen verletzt sind, uns leichter begreiflich wird, wenn wir hören, dass diese

---

[1]) Man vergleiche nur die Vortragsweise unserer Stelle und der l. 12 § 2 D. ad exhibendum 10, 4, welch letztere wirklich den Fall, wie ihn v. Brinz in ersterer annimmt, behandelt.

[2]) So, durch die Worte „wegen desselben Thatbestandes," möchte ich deshalb auch das *eiusdem rei nomine* lieber übersetzt wissen, als durch „wegen desselben Objektes." Dagegen möchte ich allerdings nicht auf mich nehmen, es ohne weiteres zu übersetzen mit „wegen desselben Diebstahles." Denn allerdings, ob nicht der Eine Thatbestand, — Attius nimmt die Sache dem *b. f. por.* weg — zwei Diebstähle enthielte, einen gegen den *b. f. por.,* den andern gegen den Eigenthümer, könnte man sich fragen. Zweifellos wird man sagen können: Es liegt Ein Diebstahl mit zwei Verletzungen vor; aber man kann auch sagen: es liegen so viele Diebstähle wie Verletzungen vor, d. h. zwei; und als einen Hinweis auf letztere Möglichkeit möchte ich lieber, als mit v. Brinz in dessen Sinne, die zur Interpretation unserer Stelle von v. Ihering (Abhandlungen No. 2, S. 115, Anm. 1 und S. 116, Anm. 4) gegebenen Andeutungen verstehen. Es folgt alsdann, criminalistisch ausgedrückt, aus dem betr. Thatbestand Ideal-Conkurrenz zwischen Diebstahl gegen den Besitzer und Diebstahl gegen den Eigenthümer, womit bekanntlich die volle doppelte Bestrafung nach Römischem Rechte im besten Ein-

Interessen eben verschieden sind. Sodann aber schiebt v. Brinz der Stelle etwas unter, was gar nicht in ihr liegt; besonders, dass derselbe Attius die *ancilla* zwei Mal stiehlt, was doch gerade die Hauptsache wäre, ist eine durch kein Wort der Stelle gestützte Hypothese. All dies nimmt v. Brinz auf sich, um nur das erste Wort „*furtivam*“ zu erklären; da erscheint es doch weit näherliegend, dasselbe bloss zu fassen als eine Prolepsis, wie sie besonders im Anschlusse an einen praktischen Fall [1]) dem Erzähler leicht begegnen kann, und etwa so zu übersetzen: die *ancilla furtiva*, um welche es sich handelt, hatte ich gekauft und besass sie; nun stiehlt sie mir Attius (wodurch sie eben furtiv wird) u. s. f. Diese Erklärung ist eine so viel natürlichere, da sie nichts voraussetzt, als was das Fragment selbst besagt und auch weiter keinen Schwierigkeiten begegnet, dass sie wohl als der Brinz'schen gegenüber vollständig gesichert gelten kann; wie sie denn auch von Pampaloni und Pfersche ohne weiteres, ohne jede Erwähnung von v. Brinz, angenommen ist. [2])

Danach liesse sich allenfalls noch in unserer Stelle als Singularität des Javolenus ihrer allgemeinen Gültigkeit nach die Entscheidung anzweifeln, nach welcher beiden Betheiligten, dem Besitzer wie dem Eigenthümer, das Doppelte ihres vollen Interesses gewährt wird, nicht etwa dem letzteren das Doppelte des Ueberschusses seines Intereesses über das Interesse des ersteren [3]); das aber muss als durch das Fragment festgestellt betrachtet werden, dass nicht nur dem gutgläubigen Besitzer, sondern auch dem Eigenthümer, wenn ersterem die Sache gestohlen worden ist, die *actio furti* zusteht; und zwar auch dem Eigenthümer nicht etwa als eine ursprünglich bloss dem Besitzer erwachsene, vom Eigenthümer bloss auszuübende, sondern als eine ihm *suo nomine*

---

klange stände. — Ob wir übrigens ein solches Verhältniss oder Einen Diebstahl mit zwei Verletzungen annehmen, ist natürlich für den im Texte verfolgten Zweck irrelevant.

[1]) Dass es sich um einen solchen handelt, bezeugt die bestimmte Angabe des Kaufpreises und die Angabe eines nicht ganz gewöhnlichen Namens für den Dieb.

[2]) Pampaloni, S. 353; Pfersche, S. 132, Anm. 2.

[3]) So, wesentlich auf Grund der Analogie von l. 46 § 4, 5 D. h. t. 47, 2, Pfersche a. a. O.

gebührende. Hat der Eigenthümer aber im eigenen Namen Klage, so heisst dies, dass er selbst verletzt ist und zwar eben diebisch verletzt ist; es heisst, dass nicht bloss Diebstahl absolut genommen, nicht bloss Diebstahl wegen Besitz-Verletzung [1]) vorliegt, sondern dass der Diebstahl ausser gegen den Besitzer noch gegen den Eigenthümer begangen ist; dass also zu der diebischen *contrectatio* dem Eigenthümer gegenüber keineswegs die von Pampaloni geforderte Unmittelbarkeit gehört.

Dieses unser Ergebniss wird nur unterstützt, wenn wir die Regeln hinzunehmen, welche gelten für den Fall, dass der verletzte Dritt-Besitzer nicht *b.,* sondern *m. f. por.* oder gar selbst *fur* ist. Hier verhält sich die Sache so, dass der *m. f. por.* oder *fur* keine Klage hat, dagegen der Eigenthümer eine solche auf volle Strafleistung [2]). Man könnte nun allenfalls vom Standpunkte Pampaloni's aus diese Klage des Eigenthümers hier so erklären, dass, wenn der eigentlich allein Verletzte, der *m. f. por.,* zur Strafe für seine *mala fides* nicht klagen darf; der Dieb aber daraus nicht den Vortheil der Straflosigkeit ziehen soll; eben deshalb die aus dem gegen den *m. f. por.* begangenen Diebstahl entspringende Klage ganz anomaler Weise einem sonst nicht Klageberechtigten, dem Eigenthümer, als dem einzigen übrigbleibenden brauchbaren Subjekt, gegeben werden musste [3]). Aber die Statuirung einer derartigen, von den Quellen als solche nicht bezeugten Singularität würde doch nur zulässig sein, wenn sonst gar kein Rath wäre; wenn man dagegen aus den Quellen weiss, dass, falls ein *b. f. por.* bestohlen ist, der Eigenthümer eine Klage aus eigenem Rechte hat; wenn man ferner bedenkt, dass die Lage des Eigenthümers ganz dieselbe, seine Verletzung eine gerade so mittelbare ist, ob ihn nun ein *b.* oder ein *m. f. por.* vom Diebe trennt: so wird man doch lediglich die natürliche, mit dem ganzen System in Einklang stehende Erklärung als statthaft betrachten können, dass der Eigenthümer eben auch durch die gegen den *m. f. por.* begangene Wegnahme eine eigene

[1]) Indem er solchen zugibt, meint Pampaloni a. a. O. auszukommen; dass er damit die Klage des Eigenthümers nun und nimmermehr erklären noch in Einklang setzen kann, übersieht er.

[2]) l. 12 § 1, l. 14 § 4, l. 77 § 1 D. h. t. 47, 2.

[3]) So deutet an Pampaloni S. 353 und führt aus Pfersche S. 132, Anm. 2; dagegen stimmt mit dem Text überein Schirmer, a. a. O., S. 214.



actio furti als Mit-Verletzter erhält und ausübt, die *actio furti* des Besitzers dagegen wegen dessen *mala fides* fortfällt[1]). Dieser ganzen Lehre von dem gegen den Dritt-Besitzer begangenen und auf den Eigenthümer rückwirkenden Diebstahl gegenüber erweist sich also das Erforderniss der Unmittelbarkeit der Eigenthums-Verletzung als ein unhaltbares; der Rückschluss drängt sich auf, dass, wenn der Eigenthümer dadurch bestohlen wird, dass die Sache einem ihm ganz fremden Dritt-Besitzer gestohlen wird, er auch dadurch bestohlen werden könne, dass dieser Dritt-Besitzer sich die Sache selbst aneignet, sie veräussert, specificirt oder sonst zu seinen Zwecken ge- oder verbraucht.

Dies letztere natürlich nur ganz vorübergehend und nebenbei bemerkt; bin ich doch überhaupt in dieser Ausführung schon etwas weiter gekommen, als für meinen Zweck erforderlich war. Es kam mir darauf an zu zeigen, dass Pampaloni's systematischen Aufstellungen neben seinen Einzel-Angriffen gegen die herrschende Lehre kein eigener selbstständiger Beweis-Werth beizulegen sei, dass diese systematischen Aufstellungen nicht etwa in logischer Deduktion aus dem Römischen Diebstahls-Begriff hervor zur Verwerfung der herrschenden Ansicht führen, sondern lediglich ein Versuch sind, die Einzel-Resultate, welche er anderweitig bewiesen zu haben glaubt, zu ordnen und für den Diebstahls-Begriff zu verwerthen[2]). Hat sich uns dabei ausserdem nun noch ergeben, dass dieser Versuch auch als solcher ein gescheiterter genannt werden muss, so mag dieses weitere Ergebniss deshalb kein ganz werthloses sein, weil es immerhin einen gewissen Eindruck macht, wenn man sieht, wie ein verständiger und tüchtiger Jurist, als welcher Pampaloni unstreitig zu bezeichnen ist,

---

[1]) Die Entscheidung der weiteren Frage, ob man die Wegnahme dem *m. f. por.* gegenüber noch als Diebstahl charakterisiren und sagen soll, es sei ihm bloss die *actio furti* genommen; oder ob man sagen soll, es sei ihm gegenüber wegen seiner *mala fides* gar kein Diebstahl begangen, ist zweifelhafter, praktisch ziemlich und für unsern Zweck jedenfalls ganz unbedeutsam; vgl. über sie Schirmer a. a. O. Sie steht übrigens mit dem S. 34, Anm. 2 aufgeworfenen Bedenken, ob die Wegnahme aus dem gutgläubigen Besitze einen oder zwei Diebstähle bildet, im nächsten Zusammenhange.

[2]) Aus dieser prinzipiell zweifellos richtigen Anwendung des Satzes von der *regula, quae e iure fit,* soll natürlich Pampaloni hiermit kein Vorwurf gemacht, sondern bloss die Thatsache constatirt werden.

sich umsonst bemüht, auf Grund bestimmter Einzel-Resultate eine brauchbare Construktion des Gesammt-Begriffes aufzuführen: Wie eine solche Construktion, wäre sie gelungen, durch den verlockenden Anblick eines in sich wohlgeschlossenen Ganzen auch zu Gunsten der Annahme jener Einzel-Resultate rückwirken würde; so ergibt sich eine starke Vermuthung gegen die Richtigkeit eben derselben Einzel-Resultate, wenn sie sich systematischer Anordnung ungefügig erweisen. — Indessen soll des weiteren auf dieses problematische Argument kein Werth gelegt werden und wende ich mich von dieser Abschweifung zurück zu der Widerlegung der anderen gegnerischen Ausführungen.

2) Die von Pampaloni besonders gern und ausführlich vorgebrachte Schlussfolgerung gegen die herrschende Ansicht beruht, wie wir wissen, auf Geltendmachung der Unerträglichkeit der vermeintlich aus der herrschenden Ansicht für den Diebstahl des *m. f. por.* sich ergebenden weiteren Folgen. Von diesen ist als solche bereits abgewiesen worden die, dass jeder *m. f. por.* als solcher, selbst z. B. derjenige, welcher in *bona fide* erworben hat und erst nachträglich in *malam fidem* geräth, durch das blosse Behalten stehle. Bleiben übrig die folgenden Consequenzen: Es stiehlt der *m. f. por.* durch Verbauung, Confusion, Commixtion, Specification, Perception der Früchte, jeden Gebrauch und Verbrauch der Sache; es stiehlt ferner schon jeder, welcher die Sache in *mala fide* derivativ erwirbt.

Dass nun diese Sätze in ihrer Gesammtheit ein unleidliches Ergebniss bilden würden und dass einzelne von ihnen sogar geradezu quellenmässiger Auffassung widersprechen, gebe ich ausdrücklich zu; namentlich bin ich durchaus mit Pampaloni der Ansicht, dass nach positivem gemeinem Rechte regelmässig kein Diebstahl vorliegt, wenn bewegliche Sachen derivativ in *mala fide* erworben, noch wenn die Früchte der *mala fide* besessenen Sache pericipirt werden. Ich gebe ferner zu, dass sowohl diese beiden wie alle die übrigen erwähnten Handlungen allerdings consequent als Diebstahl angenommen werden müssen, sobald man einmal eine derselben, wie etwa die Veräusserung Seitens des *m. f. por.* als Diebstahl nimmt und in Bezug auf die Grund-Auffassung der *malae fidei possessio* sich Pampaloni anschliesst. Allein ich behaupte, dass sobald man eben diese Grund-Auffassung aufgibt, auch diese ganze Schlussfolge beseitigt ist; und dass eben diese

Grund-Auffassung eine falsche ist deshalb, weil in ihr dem der Redeweise unserer Quellen entsprechenden, gemeinrechtlich bisher stets üblichen und durchgeführten Begriff der *m. f. pio.* ein ganz anderer substituirt ist.

Selbstverständlich steht es Pampaloni wie jedem Forscher frei, sich einen den besonderen Bedürfnissen seiner Untersuchung entsprechenden, neuen Begriff zu formuliren, sobald er denselben nur genau umgrenzt, als solchen einführt und dementsprechend mit ihm weiter arbeitet; wenn er sich also z. B. den Begriff des „Besitzes mit diebischer Absicht“ gebildet und dann seine Abhandlung als über diesen eigenthümlichen Begriff geschrieben bezeichnet hätte, so träfe ihn deshalb keinerlei Vorwurf. Wenn er aber behauptet, dieser sein Begriff entspreche demjenigen, welcher unter der Wendung *m. f. por.* sowohl den Quellen des Justinianischen Rechts wie der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis geläufig ist; wenn er alle gemeinrechtlichen Sätze, in welchen von *m. f. pio.* die Rede ist, von dem Besitze mit diebischer Absicht verstanden wissen will; und wenn er daher schliesslich geradezu von der Grundlage ausgeht, dass jeder *m. f. por.* diebische Absicht hat: so geht dies über das Gestattete weit hinaus, gestaltet sich vielmehr zu der reichlich fliessenden Quelle zahlreicher Irrthümer.

Vor allem ergeben sich aus dieser Anschauung die unerträglichen Consequenzen, mit welchen wir es hier zu thun haben; sie stehen und fallen mit derselben. Ist einmal mit der *mala fides* der *animus furandi* gegeben, so muss, wenn irgend eine, eben jede hinzukommende Handlung genügen, um mit jenem *animus* summirt das *furtum* zu constituiren; nimmt man aber den *animus furandi* als stets ohne weiteres gegebenen weg, so löst sich das Band, welches alle diese Einzelheiten zu verknüpfen schien; dann kann nicht mehr jede, wie auch immer deutbare Handlung des *m. f. por.* genügen, um ihn zum *fur* zu machen, sondern es kömmt auf die innere Beschaffenheit und Deutbarkeit der einzelnen Handlung an; die eine, z. B. Veräusserung, kann dann regelmässig Diebstahl sein; während die andere, z. B. Frucht-Perception, regelmässig Diebstahl nicht ist. Die Auffassung der *m. f. pio.* als stets mit diebischer Absicht verbundenen Besitzes ist Grundlage und Brennpunkt der ganzen Pampaloni'schen Arbeit; weil Pampaloni von dieser Auffassung erfüllt ist, geht er bis zu den äussersten

Schlussfolgerungen vor; weil er von dieser erfüllt ist, kann er zu demjenigen entgegengesetzten Resultate, auf welches er hinaus will, nämlich zu dem Resultate, dass weder Veräusserung, noch Specification, noch Frucht-Perception u. s. f. Diebstahl sind, nur gelangen, indem er den objektiven Erfordernissen des Diebstahls ein ganz willkürliches und haltloses zugesellt; weil er von ihr erfüllt ist, scheint er überhaupt nur seine Abhandlung geschrieben zu haben.

Demgemäss stehen wir vor der Aufgabe, diese Grund-Auffassung Pampaloni's mit entsprechender Gründlichkeit als unzutreffend darzustellen.

a) Ich beginne damit, einen festen Ausgangspunkt für den Begriff der *mala fides* [1]) zu suchen, indem ich formulire: *Bona* und *mala fides* sind contradiktorische Gegensätze, d. h. das ganze Gebiet der *fides* ist durch diese Gegensätze ausgefüllt, sie bilden eine echte Alternative, ein Mittelding zwischen ihnen gibt es nicht, jeder *possessor* ist entweder *bonae* oder *malae fidei possessor*. — Ist dies zutreffend, so können wir alle die sorgfältigen Arbeiten, welche sich mit der *bona fides* beschäftigt haben, ohne weiteres für das etwas vernachlässigte Gebiet der *mala fides* heranziehen, indem wir ihre Ergebnisse bloss in das genau Negative umsetzen.

Die aufgestellte Formel wird nun wohl wenig Gegner finden; wohl nur der Glauben von ihrer Selbstverständlichkeit ist die Ursache, um derentwillen sie nicht häufiger ausdrücklich ausgesprochen wird [2]). Beruht doch unsere gesammte Behandlung und

[1]) Nicht ganz, sondern nur so weit zu dem gegebenen Zweck erforderlich, soll derselbe hier ausgebaut werden; besonders bemerke ich, dass immer nur die Rede ist von wirklich vorliegender *bona* oder *mala fides*; ob man in einzelnen Fällen die auf Rechts-Irrthum beruhende *bona fides* noch als genügend betrachtet oder nicht, kommt nicht in Betracht; deshalb auch nicht, ob bei dem Begriffe der *bona* oder *mala fides* auf reines Wissen oder auf Redlichkeit, Wissen-Müssen, abzustellen ist, in Bezug auf welchen Punkt sich neuestens Pfersche, a. a. O. S. 107 fg., geäussert hat. Trotzdem aber sind natürlich zu berücksichtigen die tief eingreifenden Untersuchungen von v. Wächter, die *bona fides* insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums, Leipzig 1871; und von Bruns, das Wesen der *bona fides* bei der Ersitzung; diese beiden sich gegenseitig bekämpfenden Werke bieten besonders da, wo sie trotzdem übereinstimmen, eine vortreffliche Stütze.

[2]) Vgl. übrigens v. Wächter, a. a. O., S. 77 und Bruns, a. a. O., S. 26, Z. 4 v. u. und S. 79; ferner Pfersche, a. a. O., S. 101; stillschweigend setzt sie voraus Pampaloni, a. a. O., S. 275.

Eintheilung aller derjenigen Rechts-Parthien, für welche die *fides* in unserem Sinne eine Rolle spielt, auf derselben Annahme: wir lehren, wie der *bonae* und wie der *malae fidei possessor* für die Sache selbst und wie er für die Früchte haftet; wie der *bonae* und wie der *m. f. por.* durch die Litis-Contestation berührt wird; wie der *bonae* und wie der *m. f. por.* Auslagen-Ersatz verlangen kann; wie der *b.* und wie der *m. f. por.* Dritten gegenüber die Sache vertheidigt; wie alle diese Umstände sich stellen, wenn es sich um einen *b. f. por.* handelt, welcher nachträglich zum *m. f. por.* geworden ist; und wir halten damit ohne weiteres die Lehren von der Haftung des Besitzers für Sache und Früchte, von der Einwirkung der Litis-Contestation auf die Lage des Besitzers, von den dem Besitzer zustehenden Ersatz-Ansprüchen, von dem Schutze des Besitzers gegen Dritte, von dem Uebergange aus einer Art der *possessio* zu der andern für erschöpft. So zu verfahren berechtigen uns aber auch unsere Quellen! Nicht nur, indem sie eben dieses selben Verfahrens überall da sich bedienen, wo sie genauer von der Haftung u. s. f. des Besitzers reden; sondern weiterhin durch eine Reihe womöglich noch concludenterer Aussprüche.

Zwar heisst es in l. 3 § 22, de a. v. a. p. 41, 2 (Paulus): Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide, nicht, wie wir zum Schlusse erwarten könnten, aut mala fide. Dagegen aber liefern ausdrückliche [1]) Alternativ-Stellungen

l. 10 und 12 D. d. r. v. 6, 1 (Paulus): Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat . . . et non malum est, si bonae fidei possessor sit . . . (l. 12). Si vero malae fidei sit possessor . . .

l. 4 § 2 D. finnium regundorum 10, 1 (Paulus): . . . aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit; aut mala fide, et condici oportet . . .

l. 22 C. de r. v. 3, 32: Certum est, mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.

---

[1]) Abgesehen von der grossen Anzahl solcher Stellen, welche eine Alternative voraussetzen, ohne sie ausdrücklich zu bezeichnen; vgl. aber etwa noch l. 1 § 6 D. de a. v. a. p. 41, 2 und l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

Dazu kommen dann diejenigen Stellen, welche die Alternative dadurch enthalten, dass sie die Definition für das Definirte setzen, indem sie reden zunächst von *bona fides,* dann von *sciens rem alienam;* oder zunächst von *nesciens rem alienam, putans rem suam,* dann von *mala fides;* eine auch nur flüchtige Durchsicht der hauptsächlich einschlägigen Titel ergibt hier schon eine starke Anzahl [1]), welche sich recht leicht noch vermehren liesse. Dies hängt mit einem weiteren Umstande zusammen, auf welchen ich besonderes Gewicht legen möchte; wenn nämlich die quellenmässigen Definitionen von *bona fides* und von *mala fides* sich zu einander so verhalten, dass die einen genau das affirmiren, was die anderen negiren und umgekehrt, so ist dieses Verhältniss für das Vorliegen eines contradiktorischen Gegensatzes zwischen den definirten Objekten charakteristisch; von diesem Gesichtspunkt aus sind zu vergleichen die bekannten definitionsähnlichen Bestimmungen der *bona fides*

bei Gaius II. 43: Cum crederemus eum, qui tradidit, dominum esse;

im l. 27 D. de contrah. emptione 18, 1 (Paulus): Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse;

in l. 109 D. de V. S. 50, 16 (Modestinus): . . . qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere . . . .;

und in l. 3 pr. D. de lege Fabia de plagiariis 48, 15 (Marcianus): . . . bona fide possessor . . . id est qui ignorabat servum alienum

mit Stellen wie hauptsächlich [2])

l. 38 D. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3 (Gaius): . . . quia intelligit alienum se possidere et ob id mala fide possidet; und

l. 25, § 7 D. de hereditatis petitione 5, 3 (Ulpianus):

---

[1]) § 30, 35 I. de r. d. 2, 1; l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1; l. 37 D. de r. v. 6, 1; l. 20 § 12 D. de her. pet. 5, 3; l. 11 C. d. r. v. 3, 32; l. 2 § 13, l. 7 § 4 D. pro empto 41, 4; l. 4 § 18, l. 15 § 2 D. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3; u. s. f.

[2]) S. ausserdem: l. 30 C. de evictionibus 8, 44 „alienae rei scientia"; l. 2 § 1 D. pro emptore 41, 4 (Paulus): „sciens rem alienam emit"; und ähnlich eod. l. 2 §§ 10, 13, 17.



coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se ... Diese Gegenüberstellung redet für sich selbst.

Dass aber die Römer sich nicht noch etwas zwischen *bona* und *mala fides* in der Mitte, kein Drittes daneben denken konnten, geht auch aus der eigenthümlichen Behandlung hervor, welche der *b. f. por.* nach der Litiscontestation in unseren Quellen erfährt. Nicht etwa nehmen diese an, die Litiscontestation verwandle die *bona* in *mala fides,* wie wohl früher vielfach aus ihnen herausgelesen wurde; damit würde ihnen eine unzutreffende Verallgemeinerung oder gar eine Fiktion untergeschoben, von dem Glauben an deren Vorhandensein uns befreit zu haben eines der Verdienste v. Wächter's ist[1]); vielmehr lassen sie nur bestimmte, anderweitig wohl erklärliche Bestimmungen von dem Augenblicke der Litiscontestation ab eintreten. Dabei gebrauchen sie dann häufig genau richtige, überaus vorsichtige Ausdrücke, wie wenn sie von einem „*super iure possessionis vacillare ac dubitare*" reden[2]) oder den im Streite befindlichen *b. f. por.* dem noch nicht in den Streit gezogenen als einen zu den „*ceteri*" gehörigen gegenüberstellen[3]); aber bisweilen gehen sie in den Ausdrücken bekanntlich weiter und sagen direkt *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*" [4]). Diese Wendung lässt sich nur daraus erklären, dass man den betreffenden Besitzer nicht mehr ganz wie einen gewöhnlichen *b. f. por.* zu behandeln für richtig befand, ihn deshalb auch nicht mehr *b. f. por.* nennen mochte, dann aber ihn eben nur noch als *m. f. por.* bezeichnen konnte; hätte man irgend etwas Indermediäres zwischen diesen beiden Arten der *possessio* gehabt, so hätte man sich hier dessen sicher bedient.

Gründe sind auf diesem Gebiete, höchst ausnahmsweise, wirklich fast so billig wie Brombeeren; um einen weiteren zu pflücken, so sagt das Senatus Consultum Juventianum[5]):

> .... Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere ....; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent ....,

---

[1]) v. Wächter, Erörterungen aus dem Römischen und Württembergischen Privatrecht III (1846), S. 106—108.

[2]) l. 10 C. de a. et r. poss. 7, 32.

[3]) l. 45 D. d. r. v. 6, 1.

[4]) l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3; vgl. l. 20 § 11, l. 31 § 3 D. eodem.

[5]) Nach l. 20 § 6 D. de her. pet. 5, 3.

zweifellos in der Absicht, mit dieser doppelten Möglichkeit das ganze zu regulirende Gebiet zu umfassen, eine echte Alternative aufzustellen. Wie aber aus dem Ulpian'schen Commentar[1]) hervorgeht, sind jene beiden citirten Ausdrücke des Gesetzes weiter nichts als Legal-Umschreibungen der im gewöhnlichen Sprachgebrauche üblichen Wendungen *malae* und *bonae fidei possessores heredidatis;* man kann also die Eintheilung der *possessores* in die zwei Categorien der *malae* und der *b. f. pores.* als eine geradezu gesetzlich gegebene bezeichnen[2]).

Daher bemühen sich alle Romanisten, welche von der *bona fides* handeln, wesentlich darum, eine scharfe Grenze zu ziehen, diesseits deren *bona,* jenseits deren *mala fides* läge; und zwar kömmt es hauptsächlich an auf Grenzregulirung nach derjenigen Seite hin, wo sonst am leichtesten Zweifel entstehen könnten, ob nicht ein Zwischengebiet angenommen werden müsste, für diejenigen Fälle nämlich, in welchen der Besitzer zwischen bösem und gutem Glauben, unter Kenntniss einiger gegen und einiger für seine Berechtigung sprechender Gründe, zu schwanken scheint. Nie[3]) ist es hier noch versucht worden, die Schwierigkeit durch Aufstellung einer dritten Möglichkeit zu umgehen, zu behaupten, ein solcher Besitzer sei weder in *bona* noch in *mala fide,* sondern in einem Zwischen-Zustande zwischen beiden; sondern es hat sich stets lediglich darum gehandelt, zu entscheiden, ob und wann ein solcher Besitzer in *bona* oder in *mala fide* ist. Die jetzt herrschende, in den wesentlichen Punkten[4]) auch meiner Ansicht nach das

---

[1]) l. 20 D. cit., § 7 seq., besonders § 12 *initio.*

[2]) So, m. A. mit Recht, v. Wächter, a. a. O., S. 84—89; etwas anders versteht den Gegensatz Bruns, a. a. O., S. 117 fg., jedoch immerhin auch entschieden so, dass das SCltum. keinenfalls eine Dreitheilung, sondern so, dass es eine sich der gewöhnlichen in *mala* und *bona fides* bloss annähernde, wennschon mit ihr in § 12 identificirte Zweitheilung in *possessores pro possessore* und *pro herede* aufstellt.

[3]) Ein merkwürdiges Urtheil der Tübinger Fakultät theilt allerdings mit v. Wächter, a. a. O.; dasselbe will auf l. 30 C. de evictionibus 8, 44 die Ansicht stützen, es sei zu scheiden zwischen *bona fides*, Ueberzeugung der Redlichkeit; *mala fides,* erschütterter, lädirter Ueberzeugung der Redlichkeit; und Abwesenheit jeder *fides,* Unredlichkeit. Mit Recht geht v. Wächter über diese Abnormität a. a. O. einfach hinweg.

[4]) Diese Einschränkung füge ich bei, da es mir nicht ganz klar ist, ob diese herrschende Meinung auch in dem nebensächlichen Punkte der „An-

Richtige treffende Meinung findet nun die Lösung dieser Frage darin, dass sie für das Vorhandensein der *bona fides* eine bei dem Besitzer wirklich lebendige positive Ueberzeugung verlangt, des Inhaltes, dass er durch Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe [1]); diese Ueberzeugung kann vorhanden sein, trotz der Kenntniss entgegenstehender Umstände, sofern dieselben nur dem Besitzer als unmassgeblich erscheinen; sobald aber diese Ueberzeugung wegfällt, fällt auch die *bona fides* weg und tritt *mala fides* an Stelle derselben. *Malae fidei por.* ist also jeder Besitzer, welcher nicht die positive Ueberzeugung hat, durch Aneignung der Sache kein materielles Unrecht zu begehen; eine positive Ueberzeugung, Unrecht zu begehen, braucht bei dem *m. f. por.* nicht vorhanden zu sein.

b) Von der so gewonnenen Grundlage kann nunmehr gegen Pampaloni's Ansicht, jeder *m. f. por.* habe diebische Gesinnung, in erster Linie casuistisch vorgegangen werden.

Man frage sich zunächst einmal: wenn wir jeden schon als *m. f. por.* ansehen müssen, der von seinem Rechte nicht mehr überzeugt ist, innerlich aber vielleicht noch hofft und vielleicht nicht einmal ganz aussichtslos hofft, er werde sich schliesslich doch noch als Berechtigter herausstellen; ist es dann nicht unerträglich, einen solchen, weil er nun nicht gleich den Besitz aufgibt, diebischer Gesinnung zu zeihen? Ich habe von einem Auktor, dessen ich sicher zu sein glaubte, gekauft; schwere Indicien bringen mich um dieses Zutrauen, ohne mir ganz die Hoffnung zu nehmen, dass bei näherer Untersuchung mein Verkäufer sich doch schliesslich als Eigenthümer herausstellen wird; in Folge dessen gerathe ich freilich in *mala fides*, kann aber doch sogleich schon die Sache aufzugeben mich nicht entschliessen, sondern behalte sie bis auf weiteres; soll da wirklich diebische Absicht obwalten? — Ich vertheidige mich gegen einen Eviktions-Versuch, unter der Ueberzeugung, berechtigt zu sein; diese Ueber-

---

eignung" genau zutrifft; vgl. weiter unten, in Abschnitt VI, Nr. 1, zu Ende; einstweilen trage ich über diesen Umstand hinwegzugehen, da es hier weiter auf ihn noch nicht ankommt, kein Bedenken.

[1]) Schirmer, Von der *bona fides* und dem *iustus titulus* (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. XV) S. 214; Wächter, Die *bona fides*, S. 9, 34—44, 123; — Windscheid, Pandekten, I S. 608, Anm. 3; Dernburg, Pandekten, I S. 444, Text zu Anm. 23.

zeugung wird mir, indem ich den Klage-Vortrag meines Gegners anhöre, benommen; soll ich, um den Vorwurf diebischen Verfahrens zu meiden, sofort, ohne es weiter auf das Urtheil ankommen zu lassen, herausgeben müssen? — Einem Kellner gibt ein ihm als Renommist bekannter Gast in heiterer Gesellschaft zur Bezahlung seiner Zeche eine weit über den Betrag derselben hinausgehende grössere Summe; der Kellner steckt dieselbe ein, den gesammten Ueberschuss als Trinkgeld behandelnd, obgleich er recht wohl weiss, dass der Gast ihm so viel nicht zugedacht hat, sondern etwas zurück zu erhalten wünscht, indem er sich darauf verlässt, jenen Gast werde die falsche Scham, als weniger splendid zu erscheinen, davon abhalten, was er stillschweigend erwartet, laut zu fordern, übrigens völlig bereit, sobald der Gast fordern sollte, herauszugeben; der Kellner ist *m. f. por.* des Ueberschusses, aber ob auch Dieb? In allen drei Fällen dürfte die Diebstahls-Frage zu verneinen sein; im ersten Falle möchte den Besitzer kaum ein Vorwurf treffen; im zweiten Falle erscheint er allerdings schon als chikanös; im dritten Falle liegt eine grobe Unredlichkeit vor; aber mit dem Makel des Diebstahls wird wohl selbst jener Kellner sich nicht behaftet haben.

Was besonders den Fall desjenigen betrifft, der die Sache in gutem Glauben erworben hat, nun in *malam fidem supervenientem* geräth, den Besitz aber dennoch nicht aufgibt, so ist zu betonen, dass dieser ja sogar nach Römischem Recht weiter ersitzt. Gestattet aber einmal das Recht dem in *malam fidem supervenientem* Gerathenen, wennschon vielleicht irrationaler Weise, bloss *propter utilitatem* [1]), die Fortsetzung der Ersitzung: so kann man ihm es auch nicht mehr zu hart vorwerfen, wenn er von dieser Erlaubniss Gebrauch macht. Ein höchst moralisch handelnder Mensch würde vielleicht einen derartigen Eigenthums-Erwerb verschmähen; demjenigen, welcher so rein moralisch nicht verfährt, deshalb diebische Gesinnung beizulegen, ist unerhört: denn gerade das unterscheidet die diebische von der einfach moralisch unredlichen, gewinnsüchtigen Gesinnung, dass die erstere, um einen Gewinn zu machen, selbst gesetzwidrig zu handeln sich nicht scheut; die Absicht, einen gesetzlich gestatteten Gewinn zu machen, kann, so lange wir dem Worte noch irgend welchen

[1]) S. oben unter IV, 4.

juristischen Sinn beimessen, nie eine diebische sein. Sonach ist selbst demjenigen keine diebische, obschon unredliche Gesinnung vorzuwerfen, welcher, aus *bona fides* zu der Ueberzeugung von dem Rechte eines andern an der Sache gelangt, den Besitz in der Absicht, zu ersitzen, behält; um wie viel weniger trifft der Vorwurf diebischer Gesinnung erst denjenigen, welcher die zur *bona fides* nöthige Ueberzeugung verloren hat, ohne die entgegengesetzte Ueberzeugung von dem Rechte des Anderen fest zu gewinnen, welcher vielmehr immer noch hofft, es möchten sich wieder Umstände zu seinen Gunsten ergeben, und nun einstweilen, für alle Fälle, weiter zu ersitzen beschliesst! Menschlicher Natur gemäss werden gerade solche oder ähnliche Fälle häufig vorkommen; man geräth in *malam fidem;* kömmt nun der wahre Eigenthümer, legt Beweise vor und fordert seine Sache heraus, so wird man sie ihm nicht verweigern; bis dahin aber hofft man, er werde sich nicht melden, die Sache, über deren Inhabung der Besitzer Mittheilung zu machen Niemand verpflichtet ist, nicht finden, sich als den zu ihr Berechtigten nicht legitimiren können u. s. f.; inzwischen besitzt und ersitzt man weiter; hat man ersessen, so freut man sich seines *lucrum* und beruhigt selten auftretende Gewissensbisse mit diesen oder jenen gern angenommenen Ausflüchten. Sache des Moralisten wird es sein, alle zarten Schwankungen der Redlichkeit, welche hier vorliegen können, zu prüfen und zu messen; derjenige, welcher bloss deshalb nicht Eigenthümer geworden ist, weil eine Formwidrigkeit vorliegt und welcher nun, nachträglich von derselben Kunde erhaltend, statt die gesetzlich angeordnete Form zu ehren und zu verzichten, die doch auch gesetzliche Möglichkeit, den Formmangel durch Ersitzung zu heilen, zu benutzen vorzieht, indem er dabei keinen Gewinn macht, sondern bloss einen Schaden meidet; ihn trennt gar viel von demjenigen, welcher genau erfährt, dass und wen sein Besitz juristisch wie ökonomisch verletzt; aber auch den letzteren schützt, wenn er nun trotzdem weiter besitzt und ersitzt, die positive Regel *mala fides superveniens non nocet* vor der Imputation diebischer Gesinnung.

Man könnte einwenden, der von dieser positiven Regel ausgehende Schutz sei von selbst mit ihrer Aufhebung durch das kanonische Recht gemeinrechtlich hinweggefallen. Dem gegenüber ist aber zu betonen, dass, wennschon bisher bloss formell

mit dieser Regel operirt worden ist, dieselbe doch auch eine Rückschluss auf die innerliche Auffassung gestattet, welche die Römer über den in *malam fidem supervenientem* gerathenen Besitzer hatten. Sollten dieselben den Utilitäts-Rücksichten wirklich so breiten Spielraum gegönnt haben, dass sie um ihretwillen einem nicht nur bisweilen unredlichen, sondern stets diebischen Besitzer die Ersitzung zu vollenden ermöglicht hätten? Unsere Quellen setzen überall als ganz selbstverständlich voraus, dass der in *malam fidem* gerathene Besitzer die ihm gesetzlich eingeräumte Ersitzungs-Möglichkeit benutzen wird[1]: würde ihnen ein solches Verfahren, wenn es wirklich bloss aus diebischer Gesinnung entspringen könnte, so natürlich erscheinen? Vielmehr liegt hier ersichtlich überall die Anschauung zu Grunde, dass es zwar den Regeln strenger Moral entsprechen mag, wenn, wer erfährt, dass die von ihm bisher gutgläubig besessene Sache eine fremde ist, dieselbe sofort be- und ersitzen zu wollen aufgibt; dass aber einen solchen Entschluss von einem derartigen Besitzer zu verlangen und gar so zu verlangen, dass der Zuwiderhandelnde als diebisch gesinnt betrachtet würde, mehr ist, als was das Recht ihm zumuthen kann. Lässt es sich doch auch nur von einer solchen Anschauung aus erklären, wieso jemals die Frage als eine ernsthaft bedenkliche hat aufgestellt werden können, ob der in *malam fidem* gerathene bisherige *b. f. por.* weiter die Früchte erwerbe. Einem Besitzer mit diebischer Absicht diesen Erwerb rund abzusprechen, würde man wohl kein Bedenken getragen haben; dagegen wird er ihm nicht bloss von einer allerdings vereinzelten Stelle des Julianus[2]) ausdrücklich zuerkannt; sondern sogar in einer der die entgegengesetzte[3]) Meinung vertretenden Stellen[4]) nur mit höchst vorsichtiger Wendung aberkannt;

„verendum, ne non sit bonae fidei possessor“,

so drückt sich nach Ulpian's Bericht Pomponius aus; von dem Römischen *odium furum* ist da wahrlich wenig zu bemerken. Nicht nur Folge einer vom kanonischen Recht beseitigten einzelnen

---

[1]) Vgl. noch Justinian in l. unica § 3 C. de usucapione transformanda 7, 31.

[2]) l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1.

[3]) Ich halte diese mit der herrschenden Lehre für die gemeinrechtlich anzunehmende und werde später auf diese Frage zurückkommen.

[4]) l. 48 § 1 D. d. a. r. d. 41, 1.

Römischen Regel, sondern der ganzen Römischen Auffassung ist es also, wenn wir den in *malam fidem supervenientem* gerathenen bisherigen *b. f. por.*, obgleich er weiter besitzen, möglichst Vortheil aus der Sache ziehen und dieselbe ersitzen, oder, nachdem dies gemeinrechtlich nicht mehr angeht, wenigstens einstweilen behalten will, als einen Besitzer mit diebischer Absicht dennoch nicht ohne weiteres betrachten dürfen.

Ich möchte aber noch weiter gehen; der in *malam fidem supervenientem* gerathene Besitzer kann nicht nur seinen Besitz, mehr oder weniger unredlich, aber ohne diebische Absicht im eigenen Interesse; sondern er kann ihn auch vollständig redlich, unter Aufgabe jedes eigenen Interesses [1]), bloss zu Gunsten des Berechtigten als dessen *negotiorum gestor* fortsetzen. Das Einfachere und für ihn Bequemere wird ja allerdings sein, wenn er von dem Momente der Kunde des fremden Rechts an den Besitz aufgibt, sei es, dass er sich von diesem Momente ab gar nicht mehr um die Sache, für welche er ja in keiner Weise einsteht [2]), kümmert, sei es, dass er beschliesst, sie für den Berechtigten detiniren zu wollen; es wird aber auch nichts im Wege stehen, dass er die Sache materiell als *negotiorum gestor* des Berechtigten, formell im eigenen Namen weiterbesitze, besonders wenn er im eigensten Interesse des Berechtigten so handelt. Man denke nur an den Fall, dass jemand vom Mangel eigenen Rechts Kunde erhält, ohne gleich zu erfahren, wer der Berechtigte ist, wo er sich befindet, wie er heisst u. s. f.; der Berechtigte andererseits weiss nichts von seinem Rechte oder wenigstens nicht, wo sich

---

[1]) Nach Römischem Rechte wird freilich, wer im Besitze bleibt, den Fortgang der Ersitzung durch seinen blossen Willen nicht hindern können, sondern eventuell selbst gegen seinen Willen Eigenthümer werden; er wird dann, will er ganz redlich verfahren, dem später sich meldenden früheren Eigenthümer die Sache zu übereignen haben. Gemeinrechtlich fällt diese Schwierigkeit fort.

[2]) Es ist allgemein anerkannt, dass er weder sie dem Berechtigten zu bringen, noch irgend jemand davon, dass er sie hat, Kunde zu geben verpflichtet ist; er haftet aber auch dem Berechtigten wegen keinerlei *culpa in custodiendo*, selbst nach Ansicht derjenigen, welche den *m. f. por.* schon vor der Litiscontestation für jede *culpa* einstehen lassen; denn wer sogleich mit der *bona fides* den Besitz aufgibt, ist eben nie *m. f. por.* gewesen. Es bleibt demnach bloss die Haftung für aktiv zu äussernde Aquilische Verschuldung übrig.

die Sache befindet; kurz, aus diesen oder anderen Gründen besteht zwischen Berechtigtem und Inhaber gar keine Communikations-Möglichkeit, wie sich dies sehr häufig gestalten kann. Hier vermag nun der bisherige *b. f. por.*, trotz besten Willens, dem Berechtigten die Sache nicht zu übergeben, auch nicht ihn, indem er sie von da ab nur noch für ihn detiniren will, zum Besitzer zu machen; soll das zur Folge haben, dass der bisherige *b. f. por.* gar nicht im Interesse des Berechtigten, obgleich er dazu bereit ist, zu handeln vermag? Dass er besonders vor die Alternative gestellt ist, diebisch den Besitz zu behalten oder die Sache zu einer besitzlosen zu machen, des Schutzes der Besitzordnung zu berauben? Im allerhöchsten Interesse des Berechtigten liegt es doch, dass die Sache, bis er sie selbst wiedererlangt, in der Hand gerade dieses so eminent redlichen und wohlwollenden Inhabers verbleibe, nicht Mangels Besitzesschutz in die Hand irgend eines weniger gewissenhaften Menschen gerathe, der sie verbergen, vernutzen, verbringen und schliesslich besten Falles gefasst, zu Strafe und Schadensersatz verurtheilt sich insolvent erweisen wird. Wenn also der bisherige Besitzer diesem Interesse entgegenkommt; wenn er vor der damit, dass er sich in ein fremdes Vermögen einmischt, verbundenen Haftung [1]) nicht zurückweicht, sondern dieselbe freiwillig auf sich nimmt: wo ist dann noch seine diebische Absicht? Eine derartige Handlungsweise des bisherigen *b. f.* Besitzers kann sich dann ja weiter erklären aus irgend welchen Aussichten und Hoffnungen, sei es auf Belohnung, sei es auf schliessliche Ueberlassung der Sache Seitens des Berechtigten; sie kann sich auch bloss erklären aus Gefälligkeit, Wunsch Reibungen zu vermeiden, Menschenfreundlichkeit [2]); jedenfalls aber ist sie gerade das Gegentheil einer diebischen; und da sie eine ebenso den Intentionen allen Rechts, jedem das seinige zu sichern, wie dem ökonomischen Princip der Güter-Erhaltung entsprechende ist: so ist es Sache auch des Juristen, nicht durch einseitige schiefe Auffassung der *mala fides* ihr entgegenzuwirken.

---

[1]) Denn allerdings wird er nun nicht nur als *m. f. por.*, sondern auch als *negotiorum gestor* haften; als letzterer allerdings, billigkeitsgemäss, nur in dem beschränkteren Massstabe der l. 3 § 9 D. de negotiis gestis 3, 5.

[2]) „affectione coactus“ l. 3 § 9 D. cit.

Aehnlich derjenigen des in *malam fidem* gerathenen Besitzers kann sich die Lage des redlichen Finders gestalten. Es ist eine Sache ihrem Eigenthümer verloren gegangen so, dass er zugleich den Besitz verloren hat [1]; ein Dritter findet dieselbe, ohne dass er wüsste, wer sie verloren, noch der Verlierer, wer sie gefunden hat; darf dieser Dritte, wenn er sich nicht dem Vorwurf diebischer Gesinnung aussetzen will, die Sache bloss liegen lassen oder höchstens im Namen des ihm unbekannten Eigenthümers in Detention nehmen, keinenfalls Besitz an ihr ergreifen? Es wäre dann wieder die Sache, bis der Eigenthümer erfahren hat, wer sie detinirt, und diese Detention approbirt hat, im Besitze Niemandes; dem eminent redlichen Finder könnte sie ein Jeder abnehmen, bei dem sie sich weit schlechter befände, zum grossen Nachtheil des Eigenthümers. Kurz, wir ständen vor derselben verzweifelten Gestaltung wie vorher. Damit ist zugleich das Bedürfniss derselben Lösung gegeben: es muss dem Finder redlicher Weise gestattet sei, Besitz von der gefundenen Sache als *negotiorum gestor* des Eigenthümers zu ergreifen, sobald er nur in der Wahrung der eigenthümerischen Interessen so weit gehen will; von diebischer Absicht wird alsdann nicht die Rede sein können. Ja selbst wenn der Finder Besitz ergriff in der Eventual-Absicht zunächst als *negotiorum gestor* des unbekannten Eigenthümers zu fungiren, für den Fall, dass die Sache derelinquirt oder sonstwie nicht abgeholt werden sollte aber sie zu behalten, so läge noch ein völlig redliches Verfahren vor; lässt doch die Praxis und Partikular-Gesetzgebung sogar vielfach einen solchen redlichen Finder, wenn seine Hoffnung sich realisirt, zum Eigenthümer werden [2]; der Gedanke der diebischen Gesinnung ist absolut ausgeschlossen.

Den bisher besprochenen Fällen liessen sich noch eine Reihe anderer anreihen; man denke an den dem Deponenten unbekannten und den Deponenten nicht kennenden Erben des Depositars, welcher nur die Sache als deponirte kennt; an denjenigen, welchem eine *res se movens* zugelaufen oder zugeflogen, ein *res*

---

[1]) l. 3 § 13 D. de a. v. a. pr. 41, 2.

[2]) Vgl. Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen (in den dogmatischen Jahrbüchern III) S. 19 fg.; die Ansicht freilich, dass ein solcher Finder auch nach gemeinem Rechte usukapire, ist unhaltbar; vgl. Delbrück a. a. O., S. 36 fg.

quae movetur zugetragen worden ist; an denjenigen, welcher eine fremde Sache einem Raubthier oder einem Räuber abgejagt hat, u. s. f.; bei ihnen allen liegt das Bedürfniss vor, dass sie von den betreffenden Sachen, sofern sie wollen, im Interesse des Eigenthümers als dessen *negotiorum gestores* Besitz ergreifen können.

Für alle diese Punkte dürfte man eine Schwierigkeit nur in der Fraglichkeit des Umstandes finden können, ob überhaupt Besitz, speciell *animus possidendi,* mit der hier vorausgesetzten Absicht, bloss im fremden Interesse, vorübergehend, als Besorger fremder Angelegenheiten innezuhaben verträglich sei. Indem wir uns zu der Erörterung dieser Frage wenden, gehen wir zugleich über die Casuistik hinaus auf die Erörterung des eigentlichen dogmatischen Kerns der Pampaloni'schen Ansicht über.

c) Wenn nämlich Pampaloni jeden *m. f. por.* als diebisch gesinnt ansieht, so liegt dem offenbar eigentlich zu Grunde die Gleichstellung des *animus lucri faciendi* und des *animus rem alienam possidendi.* Pampaloni denkt so: *possessor* im juristischen Sinne ist nur, wer die *ψυχὴ δεσπόζοντος*, den *animus dominandi* hat; weiss also jemand, dass es sich um eine fremde Sache handelt und fasst dennoch diesen *animus,* so ist letzterer vollständig gleich dem diebischen *animus lucri faciendi;* will jemand nicht diebisch verfahren, indem er wissentlich eine fremde bewegliche Sache inne hat, so muss er den *animus dominandi* vermeiden, d h. bloss *detentor,* nicht juristischer *possessor* werden; sobald er letzteres wird, hat er diebische Gesinnung; der *m. f. por.* hat stets den *dolus* eines Diebes.

Man könnte dagegen zunächst einwenden, *m. f. por.* sei nicht bloss, wer wissentlich eine fremde Sache besitzt, sondern auch wer vom eigenen Rechte nicht mehr, aber auch noch nicht vom fremden Rechte überzeugt ist, dabei vielleicht sogar noch die Hoffnung hegt, dass sich die Rechtsfrage noch zu seinen Gunsten entscheiden werde. Jedoch ist mit diesem Einwand gegen Pampaloni höchstens ein nur schmaler und streitiger Grenzstreifen von praktisch problematischem Werth zu retten; auch ist auf dieses Verhältniss bereits im vorhergehenden genügend hingewiesen worden; nur der Vollständigkeit halber mag es daher hiermit eine abermalige kurze Erwähnung gefunden haben.

Vielmehr stellt sich bei eingehender Erwägung die Gleichstellung selbst des *animus rem alienam possidendi* und des *animus*

lucri faciendi oder *furandi* als eine falsche heraus. Unter letzterem ist zweifellos zu verstehen die Absicht, durch Aneignung oder Gebrauch der Sache einen Vermögens-Vortheil zu gewinnen, sich irgendwie zu bereichern. Diese Bereicherung braucht bekanntlich nicht gerade im Behalten und Aneignen der Sache selbst oder ihres vollen Werthes zu bestehen; sie kann auch darin bestehen, dass irgend etwas Geringeres für die weiterzugebende Sache eingetauscht wird, in welcher Hinsicht es selbst noch als genügend erscheint, wenn jemand eine fremde Sache wegnimmt, um sie zu verschenken, da er dabei noch die Absicht hat, *beneficii debitorem sibi adquirere* [1]. Jedenfalls aber gehört zum Diebstahl, dass eine, wenn auch noch so abgeschwächte Vermögensbereicherung sich dem Entwendenden aus der Handlung ergebe, welche er mit der entwendeten Sache vorzunehmen gedenkt; will er bloss einem Andern Schaden zufügen oder ihn kränken oder schliesslich selbst bloss ihn durch Vorenthaltung seiner Sache zwingen, ihm eine Schuld zu entrichten, so liegt kein *furtum* vor. Nicht gesagt ist hinwiederum hiermit, dass die Vermögensbereicherung den eigentlichen Endzweck des Entwendenden bilden müsse; vielmehr stiehlt auch, wer mit ganz anderem Endzweck [2] sich eine Sache aneignet, sobald aus dieser Aneignung nur eine vorhergesehene [3] Vermögensbereicherung sich ergibt; denn alsdann muss diese Vermögensbereicherung mit in die Absicht aufgenommen gewesen sein. Unbedenklich ist in dieser Beziehung für das gemeine Recht, ihrer inneren Wahrheit halber, die criminalistische Theorie zu verwerthen, welche zwischen Absicht und Zweck scheidet, zum *dolus* aber jedes Ereigniss zurechnet, welches absichtlich, d. h. als vorhergesehene Folge einer auf ganz andere Zwecke gerichteten Handlung, herbeigeführt worden ist; Diebstahls-*dolus* liegt demnach so oft vor, wie jemand als Resultat seiner Contrektation einer fremden Sache Vermögensvermehrung für sich selbst voraussieht. Mit dieser Anwendung

---

[1]) l. 55 § 1 D. de furtis 47, 2.

[2]) Z. B., wie in den sogleich anzuführenden Quellen-Stellen, Erreichung geschlechtlicher Zwecke mit der entwendeten Sklavin oder durch das entwendete Zuchtvieh.

[3]) In der Möglichkeit, neben die vorhergesehene auch die vorhersehbare Bereicherung zu setzen, liegt die Denkbarkeit culpösen Diebstahls, welcher jedoch als solcher positivrechtlich nicht anerkannt ist.

der criminalistisch-psychologischen Doktrin stimmen die Quellen-Stellen recht wohl überein, welche vom *furtum* handeln. Dieselben nehmen einerseits Diebstahl an, wenn der Contrektirende, obgleich zu ganz fremdartigen Zwecken handelnd, dabei einen klaren Vermögensvortheil realisirt; so Pomponius in l. 15 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; und Paulus in l. 83 § 2 D. h. t. 47, 2 verbunden mit den Paragraphen 12 und 31 seiner Sententiae II, 31 *de furtis*. Dem steht nicht unbedingt entgegen Ulpianus in l. 52 § 20 D. h. t. 47, 2: denn wenn dorten neben einem Thatbestand, bei welchem der Wegnehmende Kunde von der aus seiner Handlungsweise ihm entspringenden Bereicherung haben muss, noch ausdrücklich zum Diebstahle *animus furandi* verlangt wird, so braucht man dies Verlangen trotzdem nicht aufzufassen als das Erforderniss speciell auf jene Bereicherung gerichteter Absicht, sondern es können die betreffenden Worte

„nisi furandi quoque animum habuit" und
„si furandi animo id fecisset"

auch bezogen werden auf alle möglichen anderen Erfordernisse des *animus furandi*, als Kenntniss des fremden Eigenthumes, Ausschluss der Annahme, dass der fremde Eigenthümer einwilligen werde[1]), u. dgl. m. Freilich verliert diese Interpretation an Wahrscheinlichkeit, wenn derselbe Ulpian in l. 39 D. h. t. unleugbar seine Anschauung dahin formulirt, dass das *lucrum* geradezu als Zweck der Handlung hat ins Auge gefasst sein müssen, damit Diebstahl vorliege; demnach scheint dies allerdings seine feststehende Theorie gewesen zu sein, aus welcher dann auch l. 52 § 20 cit. zu erklären näher liegen mag. Damit ist ein Gegensatz zwischen Pomponius und Paulus einerseits, Ulpianus andererseits anzunehmen, in welchem wir uns erstern beiden schon deshalb anzuschliessen haben, weil nur von ihrer Ansicht aus ein befriedigender Rechts-Zustand zu gewinnen ist. Man bedenke doch, welche Lage entstände, wenn nur derjenige als Dieb angesehen werden dürfte, dem nachzuweisen wäre, dass er die Bereicherung als Folge seiner Handlung nicht nur vorhergesehen, sondern auch eigens um ihretwillen gehandelt habe! Uebrigens richten schon

[1]) So bildet Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 310, Note d, den Gegensatz gegen das *„furandi animo"* mit „um sich einen Spass zu machen."



diejenigen Ergebnisse, zu welchen Ulpianus in l. 39 cit. gelangt, sich selbst; weshalb besonders ein Unterschied danach anzunehmen wäre, ob die *ancilla libidinis causa rapta* eine *meretrix* oder *non meretrix* ist, hat bisher noch Niemand zu entdecken vermocht [1]); unter diesen Umständen erscheint es richtig, nicht etwa anzunehmen, die entgegengesetzten Stellen heben einander auf, was ja auch schon zum Ziel führen würde, indem dann die Frage nach allgemeinen Principien, also jedenfalls in unserem Sinne zu entscheiden wäre; sondern geradezu die zu besseren, klareren und einfacheren Resultaten führenden Stellen den anderen vorzuziehen [2]). — Andererseits nehmen die Quellen keinen Diebstahl an, wo der Contrektirende irgend welchen Vermögens-Vortheil zu realisiren vermeidet, indem er die Sache sofort zu Grunde richtet und zerstört [3]), wegwirft [4]) oder auch ursprünglicher Absicht gemäss, nachdem er z. B. durch ihre zeitweilige Vorenthaltung bewirkt hat, dass der Eigenthümer seinen rechtlichen Verpflichtungen nachzukommen willig geworden ist, unbeschädigt und unbenutzt zurückgibt [5]). —

---

[1]) Vermögens-Vermehrung Seitens des Entwendenden liegt in beiden Fällen vor, da er in beiden Fällen gewinnt, und zwar die in dem einen Falle geringere, in dem andern Falle höhere Summe, gegen welche der Herr ihm die Sklavin zu seinen Zwecken überlassen haben würde.

[2]) Derselben Ansicht ist Klien, a. a. O., S. 307—308, nachdem er zuerst versucht hat, die l. 39 cit. aus dem besonderen Umstande zu erklären, dass es sich hier um eine menschliche Person handle, welche gerade der Wegnehmende als solche, nicht als Sache betrachte. Auch sonst stimmt Klien, S. 304 fg., mit mir ganz überein; was für ein Unterschied vorliegt, ob die geraubte *ancilla* eine *meretrix* oder *non meretrix* sei, erklärt auch dieser gründliche und vorsichtige Autor nicht fassen zu können, S. 147, 148, Noten r und s; damit dürfte denn auch die vollständige Haltlosigkeit der Cuias'schen, wie Cuias selbst angibt auf keinerlei handschriftlichem oder sonstigem Anhalt in der Tradition beruhenden, Conjektur klargestellt sein, nach welcher Pauli Sententiae II, 31 § 12 cit. (vgl. Cuias, Commentarius ad h. l.) entweder um ein *non* zwischen *ancillam* und *meretricem* vermehrt zu lesen oder ganz als Einschiebsel eines Interpreten zu betrachten wäre. Vielmehr lehrt Paulus ganz zutreffend, sowohl wer eine *ancilla non meretrix* (§ 31), wie wer eine *ancilla meretrix* (§ 12) raube, begehe einen Diebstahl; nur zufälliger Weise hat § 31 keine Aufnahme in die Digesten gefunden.

[3]) l. 22 pr. D. h. t. 47, 2; l. 41 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

[4]) l. 14 § 2 D. de praescr. v. 19, 5.

[5]) Die Selbsthülfe der l. 7 C. unde vi 8, 4 ist bekanntlich kein Diebstahl,

Demnach kann man aus der blossen Absicht, die Sache wegzunehmen, noch nicht auf den *animus lucri faciendi* schliessen, sondern muss auch wissen, was weiter mit der Sache zu beginnen in der Absicht des Wegnehmenden liegt; resp., da man regelmässig die in der That liegende und während derselben wirkende Absicht nur aus der späteren Handlungsweise erkennen kann: zur Annahme des *animus lucri faciendi* genügt nicht, dass Aneignung vorliegt; sondern es muss noch hinzukommen, dass man übersieht, wie der Wegnehmende die Sache nun weiter handhaben, was er mit ihr beginnen und wie er endgültig seine Stellung zu ihr regeln wollte; erst wenn man all dies weiss, kann man ein Urtheil darüber fällen, ob er die Aneignung mit der Absicht der Bereicherung vorgenommen hat, also ob er Dieb ist. Die Vermögensvermehrung unterscheidet sich wesentlich von der blossen Wegnahme dadurch, dass sie gar keine ist, wenn sie nicht irgend welches bleibende Ergebniss hat; irgend einen Ueberschuss über sein bisheriges Vermögen durch die ganze Kette von Operationen zu erzielen muss der Dieb vorgehabt haben; sieht es bloss im Moment so aus, als wäre des Contrektirenden Vermögen bereichert, während er wirklich vorhat, die Sache zurückzugeben, ohne sie inzwischen benutzt oder sonstwie Vortheil aus ihr gezogen zu haben: so kann von Vermögenszunahme, also auch von Diebstahl nicht die Rede sein.

Fassen wir zusammen, so ist die Aneignung einer fremden Sache Diebstahl dann, wenn durch sie eine eigentliche Bereicherung des Aneignenden herbeigeführt werden soll, bestehe dieselbe auch bloss darin, dass der Dieb sich einen *debitor beneficii* erwerben will, d. h. der Aneignende muss die Sache zu eigenem Vortheil behalten oder ausbeuten[1]) wollen. Nicht aber genügt der Wille, bloss eine gewisse Zeit hindurch, ohne während derselben Vortheil von der Sache zu ziehen, sie haben und alsdann ohne irgend welche Verwerthung wieder aufgeben, besonders etwa dem Eigenthümer wieder zurückgeben zu wollen.

---

sonst wäre die betr. weit mildere Strafe überflüssig. Vgl. Benfey, Ueber die Selbsthülfe (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. VII), S. 7 und S. 12. —

[1]) So drückt sich treffend aus Schütze, Zur Lehre von dem sog. Fund-diebstahl und der Unterschlagung (im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. II.) S. 174.

Dagegen genügt dieser Wille, wenn nur in der Zwischenzeit der Inhabende im eigenen Namen inhaben will, für den Besitz [1]. Allerdings reden wir auch beim Besitze, und das hat wohl Pampaloni irregeführt, von der Absicht, die Sache für sich selbst, wie ein Eigenthümer, mit „Aneignungswillen" haben zu wollen; mit alledem soll aber doch in der Lehre vom Besitze nur angedeutet werden, dass besitzt, wer *proprio nomine* inhat, mit der Absicht, die Sache formal zu beherrschen und zur Disposition zu haben wie ein Eigenthümer; nicht aber ist es zum Besitze nothwendig, dass der Besitzer auch eventuell den Vermögenswerth, wie er in der Sache steckt, sich aneignen, die Sache endgültig behalten oder nur vorübergehend nutzen wolle; der grosse Unterschied zwischen der lediglich äusserlich-formalen Herrschaft über die Sache — nennen wir sie einmal formale Aneignung — und der ökonomischen Verwerthung der Sache — nennen wir sie einmal ökonomische Aneignung — tritt hier zu Tage und greift entscheidend in die Verhältnisse und Begriffe ein; freilich muss derselbe, da er kaum je betont wird, zunächst selbst noch etwas klargestellt werden.

Wir fassen den *animus,* welcher zum Besitze quellengemäss gehört, Alle mit mehr oder weniger Schwankungen ungefähr auf als die Gesinnung, die Sache so beherrschen zu wollen, wie der Eigenthümer sie beherrscht. Nun ist es sehr wohl möglich, dass auch der vollberechtigte Eigenthümer, welcher die Sache inhat, sie dabei als ein von ihm lediglich für einen Dritten zu bewahrendes und demselben demnächst zurückzugebendes, ihm, dem Inhaber, in der Zwischenzeit nicht einmal zur Benutzung zustehendes Gut betrachtet, sie materiell schon gar nicht mehr als zu seinem Vermögen gehörig in Ansatz bringt. So verhält es sich z. B. regelmässig in allen, bei den Römern so häufig vorkommenden Fiduciar-Verhältnissen; bei ihnen allen handelt es sich für den Eigenthümer, soferne derselbe redlich sein will, lediglich um formale (hier mehr formal-juristische), nicht um ökonomische Aneignung. Trotzdem wird wohl niemand bezweifeln, dass er die Fiduciar-Gegenstände, sofern er nur das *corpus* an ihnen hat, nicht etwa wegen mangelnden *animus* nicht besässe; niemand wird behaupten, dass er etwa bloss *detentor* sei. Hieraus

[1] Vgl. etwa Schirmer, Grundidee der Usukapion, S. 42 fg.

ergibt sich klar, dass der sog. Aneignungswille beim Besitzer bloss gerichtet ist auf die formale Aneignung mit Dispositions-Herrschaft, also vollkommen frei sein kann von aller Gewinnsucht, obgleich etwa der Besitzende weiss, dass es sich um eine fremde Sache handelt; denn wenn es an eigener (Fiduciar-) Sache nicht unmöglich ist, so muss es erst recht an fremder Sache möglich sein, dass man Besitzer sei bloss zur Aufbewahrung und Uebermittelung, nicht zu eigenem Gewinn.

Ein Fall, in welchem der Aufbewahrende ausdrücklich als Besitzer anerkannt ist, — freilich hiermit auch als zeitweiliger Eigenthümer —, findet sich in l. 59 D. de a. r. d. 41, 1 (Callistratus):

> Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet quam si mihi tradiderit qui emit —

und den Parallel-Stellen.[1]) Zur Erklärung derselben muss ja angenommen werden[2]), der Mandatar habe hier Besitz und Eigenthum zunächst für sich erworben; aber nur, um sie sodann seinem Auftraggeber weiter zu übertragen; einen so verfahrenden Mandatar bezeichnet dann v. Ihering technisch als Ersatzmann, das Handelsrecht nennt ihn Commissionär; er erwirbt, soferne er redlich zu verfahren gedenkt, jedenfalls Besitz ohne die Absicht ökonomischer Aneignung; es ist also *animus possidendi* ohne solche Absicht möglich. Freilich würde hier, selbst wenn er unredlich die Sache für sich behalten, sie sich aneignen wollte, der Man-

---

[1]) v. Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Jahrbücher für Dogmatik II.), S. 386 fg. zählt deren noch sechs auf; Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte, S. 3 fg. noch 13, unter welch letzteren einige von v. Ihering allegirte nicht mit aufgenommen sind.

[2]) Wie wohl von Seiten aller Autoren, welche sich mit diesen Stellen beschäftigt haben, geschieht. — Eine Controverse liegt vor nur soweit, als die durchaus herrschende Ansicht (siehe Windscheid I, S. 509, Anm. 6) hier eine etwas eigenartige Gestaltung erblickt, der gegenüber den einfacheren Fall enthielte l. 13 pr. D. eod. tit. 41, 1, in welcher der Mandatar Besitz und Eigenthum direkt für seinen Auftraggeber erwerben will und erwirbt, ein direkter Erwerb, dessen Möglichkeit dann auf den bekannten Satz *per liberam personam possessionem omnium rerum quaeri posse* gestützt wird. Letzteren Satz leugnet Schlossmann, a. a. O., S. 80 und gelangt so zu der gerade umgekehrten Auffassung des Verhältnisses zwischen l. 13 pr. und l. 59 cit.; dass er aber erstrecht, worauf es uns hier einzig ankömmt, l. 59 auf die im Text angegebene Weise erklärt, versteht sich hiernach ohne weiteres.

datar nicht *m. f. por.*, sondern bliebe *b. f. por.*, da er formal auch Eigenthümer ist, *m. f. por.* nicht aber ist der Eigenthümer, welcher weiss, dass er die Sache herausgeben muss[1]), sondern bloss, wer weiss, dass er kein dingliches Recht an der Sache hat (und sie auch nicht mit Willen des dinglich Berechtigten besitzt). Das vermag jedoch nichts an der Thatsache zu ändern, dass hier *possessio* mit bloss formalem Aneignungswillen anerkannt ist; ist aber solche möglich, so kann solche ausüben offenbar nicht nur der dinglich Berechtigte, sondern weit mehr noch, weil in einer der redlichen Auffassung der Sachlage mindestens ebenso entsprechenden Weise, derjenige, welcher weiss, dass ihm die Sache nicht gehört (noch auch vom Eigenthümer willentlich überlassen ist), d. h. also der *m. f. por.* Gerade diese ist nun aber die Lage des redlichen Finders, des redlichen, aus *bona* in *mala fides* versetzten Besitzers und der übrigen Gleichgestellten nach den vorhergehenden casuistischen Erörterungen; sie wollen besitzen, aber sich lediglich formal aneignen, ökonomisch bloss für den sich etwa meldenden Eigenthümer aufbewahren; dieser ihr *animus* ist genau derselbe, welcher bei dem redlichen Mandatar der l. 59 cit. vorausgesetzt werden muss, also quellenmässig begründet und gerechtfertigt.

Damit ständen wir vor dem Ergebnisse, dass die Gesinnung des Diebes und die Gesinnung desjenigen, welcher wissentlich eine fremde Sache besitzt, sich unterscheiden durch den Unterschied zwischen materieller und formaler Aneignung; Erforderniss des Diebstahls ist der *animus lucri faciendi,* d. h. der Wille, sich ökonomisch anzueignen; der *animus possidendi* dagegen enthält bloss das Erforderniss formaler Aneignung; ob derjenige, welcher besitzt, sich auch ökonomisch aneignen will, kann man allein daraus, dass er besitzt, nicht erkennen; es mag sein, es mag auch nicht sein, woraus ohne weiteres folgt, dass, so lange es ihm nicht besonders nachgewiesen ist, es ihm nicht untergelegt werden darf. Verkehrt ist es also, den *animus lucri faciendi* mit dem *animus rem alienam possidendi* zu identificiren; wer letzteren hat, braucht darum nicht auch ersteren zu haben; nicht jeder

---

[1]) l. 13 § 2 D. de usurp. et usuc. 41, 3; vgl. Schirmer (Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess XV) a. a. O., S. 244 fg.; v. Wächter, Bona fides S. 30 fg.; Windscheid I, S. 609, Note 7.

m. f. por. hat diebische Gesinnung, sondern nur derjenige, welcher vom bloss formalen zum ökonomischen Aneignungswillen vorgeschritten ist; jeder *m. f. por.*, dem der ökonomische Aneignungswille nicht nachgewiesen ist, kann verlangen, dass er bloss als *m. f. por.*, nicht auch als diebisch gesinnt betrachtet werde; wer vom *m. f. por.* im allgemeinen handelt, wird stets so verfahren müssen, dass er auch auf den *m. f. por.* ohne diebische Gesinnung Rücksicht nimmt. Dieser tiefgreifende Unterschied zwischen *animus lucri faciendi* und *animus scientem rem alienam possidendi* ist es, an welchem in letzter Linie die ganze Theorie Pampaloni's scheitert; ihr gegenüber brechen von selbst alle weitgezogenen Folgerungen zusammen, nach welchen, wenn der *m. f. por.* durch Veräusserung stiehlt, er auch durch derivativen Besitzerwerb in *mala fide*, durch Perception der Frucht u. s. f., u. s. f. stehlen müsste; vielmehr wird es nun stets Frage des besonderen Falles, ob durch irgend eine Handlung der *m. f. por.* contrektirend den *animus lucri faciendi* an den Tag legt, oder nicht.[1])

[1]) Erst nachdem meine Ausführung über den *animus possidendi* und die Verträglichkeit desselben mit der Absicht, die Sache ökonomisch für einen Anderen haben, bloss provisorisch besitzen zu wollen, geschrieben ist, finde ich im Archive für civilistische Praxis, Band 63 (N. F. 13), Jahrgang 1880, S. 1—26 einen Aufsatz von Mandry „Zur Lehre vom Besitzeswillen", welcher genau von denselben Gesichtspunkten aus, von welchen im Vorhergehenden ausgegangen wird, die Fragen untersucht, ob der redliche Finder Besitzer sei (Abschn. I), ob der *negotiorum gestor*, welcher ohne Wissen des Eigenthümers gerirt, Besitzer sei (Abschn. II) und ob sich, dass diese Besitzer seien, mit den allgemeinen Erfordernissen des Besitzeswillens vereinbaren lasse (Abschn. III). Es gereicht mir zur höchsten Befriedigung, hier constatiren zu können, dass die Resultate, zu welchen Mandry im Laufe dieser eindringenden und sorgfältigen Untersuchung gelangt, mit den meinigen vollauf übereinstimmen; wenn ich trotzdem meine betr. Ausführungen nicht einfach ganz durch Bezugnahme auf Mandry ersetze, so geschieht dies bloss, um den Lauf der Darstellung nicht zu sehr zu unterbrechen; jedoch habe ich mir allerdings in Folge dessen im Texte stark zu kürzen und bloss das Wesentlichste anzuführen gestattet, indem ich nunmehr für das Uebrige auf Mandry a. a. O. zu verweisen in der angenehmen Lage bin.

VI. Widerlegung eines Einwurfes.

Ehe auf diesem Fundamente weiter gebaut wird, haben wir uns jedoch noch mit einem schwerwiegenden Einwurfe auseinanderzusetzen. Es könnte nämlich die Frage entstehen, ob ein solcher redlicher Finder, ein solcher redlicher aus *bona fides* zur Kunde fremden Eigenthums gelangter Besitzer [1]) und die diesem gleichstehenden Personen überhaupt noch *malae fidei possessores* und nicht vielmehr *bonae fidei possessores* sind. Oder allgemeiner ausgedrückt: ist nicht, wer mit bloss formaler Aneignungs-Absicht inhat, wenn schon *possessor*, so doch *bonae fidei possessor*, so dass von diesem Gesichtspunkt aus er wieder aus der Rubrik der *m. f. pores.* ausschiede? Oder wieder anders ausgedrückt: ist nicht jeder *m. f. por.*, wennschon vielleicht mit Rücksicht auf seine Zweifel, Hoffnungen u. s. f. gerade nicht diebischer, so doch nothwendiger Weise unehrlicher, unredlicher Gesinnung? Kann man die redlichen Finder u. s. f. trotz ihrer vollen Redlichkeit *m. f. pores.* heissen, sind nicht Redlichkeit und *m. f. pio.* Gegensätze, gibt es, endlich kurz gesagt, eine völlig redliche *m. f. pio.?* Diese Zweifel verlangen gebieterisch ihre Erledigung.

In der Litteratur findet sich kaum etwas Hierhergehöriges. Einzig [2]) könnte in Betracht kommen eine Aeusserung von

---

[1]) Bei diesem weist allerdings schon der gewöhnliche Sprachgebrauch, welcher ihn als in *malam fidem supervenientem* gerathen bezeichnet, auf eine Entscheidung im Sinne der *m. f. pio.* hin; doch darf aus diesem nicht quellengemässen Ausdrucke nicht geschlossen und wird derselbe daher im folgenden möglichst vermieden werden. Die entscheidende Quellenstelle (l. unica § 3 C. 7, 31) redet unentscheidend von *posterior alienae rei scientia.* —

[2]) Denn v. Brinz, Zum Recht der *bonae fidei possessio*, geht von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus; er handelt bloss von dem aus *bona fides* zur Kunde des fremden Rechts gelangten *possessor*; und behauptet, dieser heisse weiter *b. f. por.*, in allen Fällen, also auch wenn er ganz unredlich im eigenen Interesse Besitz behält. Wie nämlich nach ihm der einmal eingetretene gutgläubige Erwerb eine feste, von späterer Kunde fremden Rechts unabhängige Rechtsstellung, so soll er auch den festen Namen *b. f. por.* verleihen, siehe bes. S. 102:

„Der Usukapient heisst *b. f. por.*, gleichviel ob er noch in *bona* oder in *mala fide* usukapirt (arg. l. 36 D. h. t. 41, 3, cf. l. unica Cod. 7, 31 — „hoc tantummodo observando" etc.); der Percipient der Früchte heisst *b. f. por.*, wenngleich er bereits *mala fide* percipirt (arg. l. 40 D. de a. r. d. — „quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat [non faciat] b. f. por.)."

v. Scheurl[1]), welcher bemerkt, der in *malam fidem* gerathene

---

Die hier allegirten Stellen aber scheinen mir, in aller Ehrfurcht vor v. Brinz sei es gesagt, gar wenig zu beweisen. Wie l. 36 D. cit. in Verbindung mit § 3 C. cit. etwas dafür beitragen soll, dass der in *malam fidem* Versetzte noch *b. f. por.* heisst, ist nur abzusehen, wenn man den Worten der ersteren (Gaius)

„et ob id a bonae fidei possessore res usu capi possit"

eine ganz aussergewöhnliche Rücksichtnahme auf den Fall unterschiebt, von welchem allerdings v. Brinz und § 3 C. cit. reden, an welchen Gaius hier aber (man bedenke den aus Gaius II, 49, 50 und § 3—6 J. 2, 6 sich ergebenden Zusammenhang) zu denken möglichst weit entfernt ist, da es ihm bloss auf den gutgläubigen Besitzanfang ankommen kann. Er sagt einfach *a bonae fidei possessore* mit geläufigerem Ausdruck, statt *a bona fide acquirente;* deshalb ihn auch sagen zu lassen, *b. f. por.* sei jeder Usukapient, selbst derjenige, welcher auf Grund des Satzes *mala fides superveniens non nocet* usukapirt, heisst bei ihm eine ängstliche Genauigkeit des Ausdruckes und vorsichtige Berücksichtigung selbst der gerade entlegensten Ausnahmefälle voraussetzen, welche man in solchem Grade kaum je anzuerkennen, eben diesem Juristen aber überhaupt abzusprechen einig sein dürfte. — Die l. 40 cit. aber und die aus ihr angeführten Worte können nur beweisen, wenn man wörtlich den Gegensatz bilden wollte *quando b. f. por. fructus consumptos suos non faciat* — allein dann hätte man immer noch den gewöhnlichen *b. f. por.* nach der Litiscontestation zur Erklärung dieses Gegensatzes übrig, brauchte also selbst dann nicht so weit zu greifen, dass man bloss behufs Gewinnung eines Falles für diesen Gegensatz annähme, der in *malam fidem* gerathene Percipirende (der aber nicht mehr *consumptos suos facit;* vgl. v. Brinz, a. a. O., S. 119) heisse noch *b. f. por.;* natürlicher jedoch bildet man wohl den doppelten Gegensatz *quo casu fructus praediorum consumptos suos non faciat m. f. por.,* so dass sich die Sache dann ganz einfach erledigt.

Wenn fernerhin v. Brinz behauptet, der in *malam fidem supervenientem* Gerathene werde auch materiell als *b. f. por.* behandelt, so führt er dies nur nach den zwei schon angedeuteten Richtungen aus: der betr. ersitzt weiter und soll weiter Früchte percipiren dürfen (wennschon nicht *consumptos suos facere*). Vom ersten Punkte und seiner Ausnahme-Stellung dürfte bereits genügend gehandelt sein; auf letzteren werde ich unten zurückkommen, wo ich für ihn wie für eine ganze Reihe anderer Beziehungen nachzuweisen hoffe, dass im Gegentheil der in *malam fidem supervenientem* Gerathene von da ab ganz wie ein *m. f. por.* behandelt wird — abgesehen lediglich von der Anomalie der fortlaufenden Usukapion und ausserdem abgesehen natürlich von jenen Rechten, welche, wie dasjenige der Anstellung der *Publiciana*, überhaupt nicht aus dem gutgläubigen Besitz, sondern lediglich aus dem (bisweilen ja selbst ohne Besitzerwerb möglichen, vgl. l. 11 § 2, l. 12 § 1, l. 15 D. de Publiciana in rem actione 6, 2) gutgläubigen Erwerb herstammen.

[1]) v. Scheurl, Beiträge I, No. XI, Erzeugung als Erwerbsgrund, S. 298.

bisherige *b. f. por.* sei „streng genommen“ noch gar nicht in *mala fide,* wenn er abwartet, ob die Sache ihm werde evincirt und ob er dann nicht vielleicht von seinem Autor werde so vertheidigt werden, dass ihm die Sache bleibe; begründen will v. Scheurl damit, dass, wie seiner Ansicht nach der Fall, auch der in *malam fidem supervenientem* Gerathene noch *fructus perceptos suos facit.* Genauer betrachtet aber bezieht sich auch diese Aeusserung[1]) nicht auf unseren Fall, sondern lediglich auf denjenigen, in welchem beim Besitzer die Ueberzeugung seines Rechts erschüttert, aber noch nicht weggefallen, also nicht nur „streng genommen“, sondern überhaupt noch keine *mala fides* vorhanden ist; bezöge man die ziemlich schwankende Scheurl'sche Erklärung auch auf den Fall wirklich weggefallener Ueberzeugung, so wäre sie schon deshalb nicht aufrecht zu erhalten, weil alsdann, wie schon Göppert[2]) treffend dagegen bemerkt hat, man ebenso auch denjenigen, welcher von vornherein in *mala fide* war, „streng genommen“ würde zum *bonae fidei possessor* machen können.

Meine Anschauung geht nun dahin, dass allerdings redliche *m. f. pio.* möglich ist; und zwar näher, dass sich nicht etwa nur ein Begriff von einer *m. f. pio.* construiren liesse, unter welchen auch der Besitz mit Bewusstsein fremden Eigenthums und bloss formaler Aneignungs-Absicht passte; sondern, dass dieser Besitz quellengemäss gehört unter die gemeinrechtliche, in Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes quellengemäss in Uebung befindliche Kategorie der *m. f. pio.*[3]) Für diese meine Behauptung habe ich den Beweis zu erbringen.

1) Obwohl die einzelnen Definitionen, welche unsere Quellen

---

[1]) Sie kann deshalb auch das nicht begründen, was sie begründen soll, worüber später.

[2]) Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 368.

[3]) Indem ich betone, dass der *m. f. por.* ein absolut redlich handelnder Mann sein kann, möchte ich der Abrundung des Gegensatzes halber schon hier daran erinnern, dass andererseits der *b. f. por.* durchaus nicht immer ein absolut redlich handelnder Mann zu sein braucht; vgl. l. 8 D. pro emptore 41, 4 (Julianus):

„Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit, non usucapiet.“

von der *bona* und *mala fides* geben, längst als nicht völlig zutreffende und ausreichende nachgewiesen sind, so wird doch stets, unter Vorbehalt einer Nachprüfung in den Einzelheiten, von ihnen auszugehen sein. Sie alle nun — die betr. Stellen sind sämmtlich schon im Vorhergehenden [1]) citirt — sagen uns, *bona fides* sei der Glaube, Eigenthümer zu sein (resp. vom Eigenthümer oder dessen Beauftragten erworben zu haben); *mala fides* sei das Wissen darum, dass die Sache eine fremde ist. Sofort muss betont werden, dass diese beiden einander entsprechenden Definitionen die Frage, ob der Besitzer berechtigt sei, die Sache zu behalten und zu verwerthen, sie sich ökonomisch anzueignen, gar nicht berühren, daher passt denn auch die Bestimmung des *b. f. por.* auf den Mandatar der l. 59 D. cit. 41, 1 [2]), welcher die Sache demnächst wieder herauszugeben verpflichtet, einstweilen aber Eigenthum zu erwerben in der Lage ist: er hat eben den gerechtfertigten Glauben, Eigenthümer zu sein und mehr ist zur *bona fides* nicht nothwendig. Eben deshalb wird man dann gerade auch umgekehrt sagen müssen, dass die quellenmässige Bestimmung der *m. f. pio.* auf jeden passt, welcher weiss, dass die Sache eine fremde ist, ohne weitere Rücksicht darauf, ob er trotz dieses seines Wissens mit ihr gewinnsüchtig verfahren oder eben dies wegen seinen Wissens unterlassen will. Denn da auch derjenige, welcher nicht gewinnsüchtig verfahren will, keineswegs deshalb die Sache für seine eigene, sondern erst recht für eine fremde hält; da derselbe also keinenfalls *bonae fidei possessor* ist; *bonae* und *malae fidei pio.* aber contradiktorische Gegensätze sind; so ist er quellenmässig *malae fidei possessor.* Dieses Resultat ergeben die Definitionen unserer Quellen für sich allein betrachtet so unmittelbar.

Die wesentlicheren Modifikationen [3]), welche man mit Rücksicht auf die einzelnen Fälle der *bona* und *mala fides*, wie sie in den Quellen vorkommen, an den Definitionen der *bona* und *mala fides* vorzunehmen allgemein für nöthig befunden hat, gehen nach

---

[1]) S. oben unter V, 2, a.

[2]) Vgl. oben S. 58, 59.

[3]) Ich erinnere daran, dass hier nicht die Lehre von der *bona* und *mala fides* erschöpft werden soll; ich ziehe deshalb bloss diejenigen wesentlicheren Punkte heran, welche zur Entscheidung unserer Frage denkbarer Weise irgendwie beitragen können.

zwei Richtungen; einerseits hat man, um eine schärfere Grenze zu gewinnen, den Gegensatz etwas mehr herausgearbeitet, indem man die *bona fides* als das Positive, die Ueberzeugung, — die *mala fides* als das Negative, den Mangel dieser Ueberzeugung, hinstellt. Die quellengemässen Sätze lauten mit dieser schon bei anderer Gelegenheit erwähnten Modifikation: *Bona fides* ist die Ueberzeugung, Eigenthümer zu sein; *mala fides* ist der Mangel dieser Ueberzeugung. Dass diese Modifikation für unsere Frage einflusslos bleibt, das aus der einfachen Quellen-Definition abgeleitete Resultat nicht erschüttert, ist selbstverständlich. — Andererseits hat man bemerkt, dass gelegentlich in den Quellen Besitzer, welche sehr wohl darum wissen, dass sie nicht Eigenthümer sind, als *bonae fidei possessores* behandelt werden; so wer *auctore iudice* besitzt [1]; wem ein fremder Sklave vom *b. f. por. noxae* gegeben worden ist [2]; der von dem anderen Ehegatten beschenkte Ehegatte [3]; und im älteren Recht derjenige, welchem eine *res mancipi* bloss tradirt oder von einer Frau *sine tutoris auctoritate* verkauft worden ist. [4]) In Berücksichtigung dieser Fälle hat man dem *b. f. por.*, welcher solcher ist auf Grund seiner Ueberzeugung von seinem Eigenthume, zufügen müssen denjenigen, welcher solcher ist auf Grund seiner Ueberzeugung von sonstwie rechtmässiger Uebertragung der Sache auf ihn (*auctore iudice* u. dgl.); sowie denjenigen, welcher solcher ist auf Grund seiner Ueberzeugung, dem Uebereignungs-Willen des Eigenthümers gemäss zu besitzen, wennschon dieser Wille Eigenthums-Uebergang wegen irgend eines Mangels oder Hindernisses nicht bewirkt hat (zwischen Ehegatten u. dgl.). Von diesen beiden Zufügungen berührt denjenigen, welcher eine

---

[1]) l. 137 D. d. r. i. 50, 17.

[2]) l. 28 D. de noxalibus actionibus 9, 4.

[3]) l. 5 pr. D. pro derelicto 41, 7, cfr. l. 25 D. de don. inter v. et u. 24, 1 et l. 1 § 2 D. pro donato 41, 6.

[4]) Vat. Fragm. § 1 und § 293. Fraglich könnte es freilich sein, ob in letzterem Paragraphen der Satz, auf welchen es ankommt:

„rerum autem mobilium . . . quae mancipi sunt, usucapta vel mancipata . . . . avocari non possunt“

nicht etwa auch bloss aus dem Specialrecht der *Cincia* zu erklären ist; alsdann müsste dasselbe gegen das an und für sich schwache *argumentum e contrario* aus dem *Latinus* des § 259 gelten. Jedoch mag immerhin die Beziehung auf einen allgemeineren, dem im Texte gegebenen in etwa entsprechenden Satz die wahrscheinlichere sein.

ihm zufällig zugekommene Sache als wissentlich fremde nur zur Aufbewahrung besitzt, gewiss nicht die erstere, von rechtmässiger Uebertragung handelnde; aus der zweiten dagegen könnte man argumentiren wie folgt:

Bona fide besitzt, wer sich auf den Willen des Eigenthümers berufen kann. Wer also eine wissentlich fremde Sache besitzt, um sie aufzubewahren, besitzt sie *bona fide*, wenn er so handelt laut Auftrag oder nach Uebereinkunft mit dem Eigenthümer; ist aber auch kein derartiger Auftrag, keine derartige Uebereinkunft vorhanden, kennen sich vielleicht auch Besitzer und Eigenthümer gegenseitig gar nicht, so lässt sich doch ein derartiges Verhältniss, dass nämlich der Besitzer die Geschäfte des Eigenthümers gerirt, nur so denken, dass der Besitzer wenigstens der Ueberzeugung ist, der Eigenthümer werde seine Handlung billigen. Da nun hier, wo es sich bloss um Redlichkeits-Fragen handelt, die Ueberzeugung der Billigung dem Auftrage ganz gleich stehen muss: so besitzt jeder, welcher bloss formal, als *negotiorum gestor*, um aufzubewahren besitzt, *bona fide.*

Zunächst liesse sich dem entgegnen, dass derjenige, welcher sich freiwillig zur *negotiorum gestio* entschliesst, keineswegs davon überzeugt zu sein braucht, dass der *dominus negotii* diese seine *gestio* billigen werde, sondern nur davon, dass dieselbe im Interesse des *dominus* liegt; aber allerdings streift das eine nahe an das andere heran.

Die eigentliche Entgegnung gegen die vorentwickelte Deduktion besteht vielmehr darin, dass schon der erste Satz derselben zu weit geht; nicht schon jeder, welcher sich auf den Willen des Eigenthümers [1]), er solle besitzen, berufen kann, besitzt *bona fide*, wie das denn wohl auch der allgemeinen Anschauung nach jener Zusatz zu der quellenmässigen Definition, von welchem wir ausgehen, nicht besagen will; sondern nur der ist *bonae fidei* Besitzer und soll es nach jenem Zusatze sein, welcher sich auf einen seinem Besitze zu Grunde liegenden Uebereignungs-Willen des Eigenthümers berufen kann; nicht schon jeder, von welchem der Eigenthümer bloss will, dass er besitze, sondern

---

[1]) Oder des Beauftragten, der diesem gleichsteht — wie ich ein für alle Male zu ergänzen bitte.

bloss derjenige, von welchem der Eigenthümer will, dass er behalte und verwerthe.[1])

Es handelt sich hier um einen auf Grund specieller Quellen-Stellen der quellenmässigen Definition von *bona fides* zu gebenden erweiternden Zusatz; demgemäss ist diejenige Ansicht, welche sich auf ihn beruft, beweispflichtig; mehr, als sich bei genauer Auslegung aus denjenigen Quellenstellen, durch welche dieser Beweis-Pflicht genügt wird, ergibt, wird nicht angenommen werden dürfen; falsch ist es, über das durch sie gegebene Mass hinauszugehen. Dies thut man aber, wenn man sagt, *bona fide* besitze jeder, welcher mit Willen des Eigenthümers besitze; denn alle jene Quellen-Stellen handeln nur von solchen Fällen, in welchen jemand eine Sache besitzt, nachdem sie ihm vom Eigenthümer in der Absicht, ihm definitiv und bleibend das Eigenthum zu übertragen, übergeben worden ist; nicht etwa von Fällen, in welchen der Eigenthümer bloss hat Besitz übertragen wollen. Wenn ein Ehegatte dem andern eine Sache schenkt, wenn ein Eigenthümer einer *res mancipi* diese dem Käufer ohne Mancipation, die verkaufende Frau ohne *tutoris auctoritas* tradirt: so beabsichtigen sie, den Empfänger zum bleibenden Eigenthümer zu machen; wenn dies ihnen wegen gesetzlicher Hindernisse nicht gelingt, so ist doch von Seiten der Redlichkeit, des Glaubens, der *fides* Alles so anzusehen, als wäre es gelungen, und demgemäss wird speciell der Empfänger berechtigt sein, die Sache als ihm gehörig zu betrachten und zu behandeln. Das ist es, was sich aus den betr. Quellen-Stellen herauslesen lässt; aber auch nichts mehr. Jede Fassung dieser Regel, welche mehr enthält, ist so weit unbegründet; besonders also auch die Fassung, mit *bona fides* besitze, wer mit Willen des Eigenthümers besitze resp. zu besitzen glaube; die Quellen enthalten nur, dass mit *bona fides* besitzt, wer mit Uebereignungs-Willen des Eigenthümers besitzt resp. zu besitzen

---

[1]) Der Gegensatz fällt nicht zusammen mit demjenigen zwischen bloss formaler und ökonomischer Aneignung. Denn ökonomisch eignet sich schon an, wer nur vorübergehend gebraucht, aber nicht behält; *bona fide* besitzt erst, wem der Eigenthümer die Sache definitiv überlassen will (resp. wer davon, dass der Eigenthümer dies wolle, überzeugt ist); will der Eigenthümer bloss die Sache zu vorübergehendem Gebrauche übergeben, so macht er den Empfänger regelmässig zum *detentor*, höchstens zum abgeleiteten Besitzer; über diesen siehe später unter 6 in diesem Abschnitt.

glaubt. Uebrigens folgt dies engere Resultat nicht nur aus der Vorschrift gesunder Interpretation, nach welcher vom Princip abweichende Erweiterungen strikte auszulegen sind; sondern auch aus der blossen Nebeneinanderstellung dieser unserer und der entgegengesetzten weiteren Auffassung ergibt sich, wie sehr erstere den Vorzug verdient. Machen wir nämlich zu der quellenmässigen Definition den Zusatz, ausserdem besitze mit *bona fides* jeder, der mit Willen des Eigenthümers zu besitzen glaubt, so sagen wir damit, dass *b. f. por.* ist

a) derjenige, welcher überzeugt ist, Eigenthümer zu sein; und

b) derjenige, welcher überzeugt ist, mit Willen des Eigenthümers zu besitzen.

Damit stellen wir also zwei ganz heterogene Rubriken der *b. f. pio.* auf, deren eine sich auf Eigenthum, die andere auf Besitz bezieht; dass in den Definitionen diese letztere so regelmässig und ausnahmslos übersehen worden wäre, liesse sich dann nicht mehr begreifen; eine solche Nachlässigkeit der Fassung ist doch mehr, als man auch Römischen Definitionen zutrauen darf. Machen wir dagegen zu der quellengemässen Definition den Zusatz, ausserdem besitze mit *bona fides* jeder, der mit Uebereignungs-Willen des Eigenthümers zu besitzen glaube, so sagen wir nur, dass *b. f. por.* ist

a) derjenige, welcher überzeugt ist, Eigenthümer zu sein; und

b) derjenige, welcher überzeugt ist, dass der Eigenthümer alles gethan hat, ihm das Eigenthum zu übertragen, so dass, wennschon der Uebergang an einem positiven gesetzlichen Hinderniss gescheitert ist, der Besitzer doch dem Eigenthümer, indem er alles so hält, als läge Uebergang vor, keinerlei Unrecht thut.

Damit gewinnen wir zwei Rubriken, welche sich sehr wohl ergänzen; bei ihnen lässt sich ganz einfach erklären, wie so die letztere in den Definitionen nicht zum Ausdrucke gekommen ist; denn wer nach Art der Römischen Juristen die Dinge nicht formal-äusserlich betrachtet noch systematisch-doktrinär zergliedert, sondern sich bloss gegenwärtig hält, dass es sich um die allgemeine Frage der Redlichkeit, des guten Glaubens, des ehrlichen Verfahrens handelt, wird leicht die letztere als in der ersteren schon mitbegriffen ansehen oder hinnehmen.

Es soll nun entfernt nicht behauptet werden, dass bisher diese sich hiermit als richtig und nothwendig ergebende Beschränkung des Zusatzes zu der quellenmässigen Definition der *bona fides* übersehen worden wäre; nur wird sie kaum je ausdrücklich hervorgehoben. Sie lässt sich zunächst so, wie bisher hier geschehen, formuliren: *Bonae fidei por.* ist, wer auf Grund seiner Ueberzeugung vom Uebereignungs-Willen des Eigenthümers besitzt. Betrachten wir sodann die heute herrschende und oben als im allgemeinen befriedigende angenommene Definition der *bona fides*[1]), wie sie hauptsächlich auf Schirmer's Anregung aufgestellt ist, gerade mit Rücksicht auf die hier besprochenen, über die quellenmässige Definition hinausgehenden einzelnen Quellen-Stellen, so ist nach derselben *bona fides* die Ueberzeugung, durch Aneignung einer Sache kein materielles Unrecht zu begehen. Diese Fassung können wir nach den vorangeschickten Betrachtungen nur dann annehmen, wenn hier unter Aneignung zu verstehen ist nicht die bloss formale Aneignung vorübergehenden Besitzes, sondern Besitzergreifung mit der auf Dauer und endgültige ökonomische Ausnützung gerichteten Absicht. Denn in *bona fide* ist eben quellengemäss nicht, wer zwar weiss, dass er kein materielles Unrecht begeht, indem er die Sache besitzt, aber weiss, dass er ein materielles Unrecht begehen würde, wenn er die Sache behielte oder verwerthete. Ein solcher muss vielmehr, da auf ihn die quellenmässige Definition von *mala* und nicht von *bona fides* passt und da diese Definition in Bezug auf ihn zu modificiren kein Anhalt sich aus irgend welchen speciellen Quellen-Stellen ergibt, als *m. f. por.* betrachtet werden. Wer als *negotiorum gestor* besitzt, ist demgemäss trotz seiner Redlichkeit *malae,* nicht *bonae fidei possessor;* d. h. er ist nicht unredlicher Besitzer, sondern Besitzer mit Kunde fremden Eigenthums; nur indem man diese Grund-Bedeutung des Begriffes der *m. f. pio.*, wie sie in den Quellen fortwährend wiederkehrt, ganz ausser Augen liesse, könnte man auf eine andere Anschauung gerathen; einige Gefahr bietet allerdings in dieser Beziehung die heutzutage übliche Art und Weise, die *bona fides* zu definiren, welche mit sehr freiem Ausdrucke den von den Quellen einzig betonten Punkt ziemlich weit zurücktreten lässt, um alle Fälle zu um-

---

[1]) S. oben S. 44, vgl. auch dort Anm. 4.

spannen. Jedoch ist diese Gefahr ja durch jeden Rückgriff auf die Quellen leicht zu beschwören; weshalb es denn auch dahingestellt bleiben mag, ob es nicht vielleicht doch angezeigt wäre, in die Schirmer-Windscheid'sche Definition der *bona fides* einen dementsprechenden Hinweis aufzunehmen, welcher darauf aufmerksam zu machen geeignet wäre, dass nicht jeder *m. f. por.* materielles Unrecht zu thun glauben muss — (resp. genauer gesagt, es nicht zu thun nicht überzeugt sein darf) —, sondern dass *m. f. por.* auch schon ist, wer weiss, dass er (resp. nicht überzeugt ist, dass er nicht) durch definitive Aneignung materielles Unrecht begehen würde, während er durch vorübergehenden Besitz kein Unrecht übt; ein Missverständniss liegt hier um so näher, als sonst in der Besitzes-Lehre unter Aneignung bloss die formale Besitzes-Aneignung verstanden zu werden pflegt; bewerkstelligt werden könnte die Abhülfe etwa durch nähere Bezeichnung der Aneignung, um welche es sich hier handelt, als einer dauernd-eigenthumsmässigen. *Bona fides* ergibt sich dann als die Ueberzeugung, durch dauernd-eigenthumsmässige Aneignung kein materielles Unrecht zu begehen; wem diese Ueberzeugung mangelt, sei es nun, dass er trotzdem sich dauernd aneignen will, oder sei es, dass er deshalb dauernder Aneignung sich enthält und bloss vorübergehend als *negotiorum gestor* zu besitzen beschliesst, ist *malae fidei por.*

2) Eine Bestätigung findet diese Betrachtung in der Beobachtung der Thatsache, dass, so oft ein Besitzer davon, dass er nicht Eigenthümer ist, weiss, die Quellen ihn als in *malam fidem* gerathen oder in *mala fide* befindlich sofort bezeichnen. Genügte für die *mala fides* nicht [1]) die Kunde von der Fremdheit der Sache, würde die *mala fides* durch die Absicht, lediglich formal besitzen, dabei aber bloss aufbewahren zu wollen, ausgeschlossen: so würden die Römer doch unmöglich jeden bisherigen *b. f. por.* durch die blosse Kunde zum *m. f. por.* werden lassen können; ausdrücklicher Hinweis auf alle denkbaren psychologischen Zwischenfälle ist ja nicht gerade zu erwarten; aber bei der grossen Anzahl von Stellen und Fällen müsste doch hin und wieder eine Andeutung sich finden, dahingehend, dass die *scientia*

---

[1]) Abgesehen nunmehr von den besonderen Fällen, in welchen trotz Kenntniss der Fremdheit der Sache *bona fides* vorliegt, wie *praeside auctore*, Schenkung zwischen Ehegatten u. s. f.

rei alienae zur *mala fides* führt nur wenn sie begleitet ist von dem Entschlusse, trotzdem ökonomisch anzueignen, dass dagegen der Entschluss, bloss formal anzueignen, trotz *scientia rei alienae* die *mala fides* ausschliesst und die Vortheile der *bona fides* sichert. Statt dessen wird überall die *bona fides* lediglich auf das Glauben an eigenes, die *mala fides* lediglich auf das Wissen um fremdes Recht gestellt; der Beweis für diesen Umstand braucht nicht mehr durch Anführung aller Fragmente und Constitutionen, welche *bona* und *mala fides* charakterisiren und bezeichnen, erbracht zu werden; vielmehr genügt es, auf die früheren Citate zu verweisen, mittels deren *bona* und *mala fides* als contradiktorische Gegensätze dargethan worden sind[1]); nur ihres energischen Ausdrucks halber sei aus der Menge herausgegriffen

l. 7 § 17 D. de Publiciana in rem actione 6, 2 von Ulpian:
... nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse;

ignorare rem alienam und *bona fides* sind hier abwechselend als völlig gleichwerthige Wendungen angebracht, genau so müssen sich *scire rem alienam* und *mala fides* entsprechen.

Bedenken könnte einzig erregen die Sprache, welche den Kaisern Diokletian und Maximian ihre Kron-Juristen in der uns als l. 17 C. de r. v. 3, 32 erhaltenen Constitution in den Mund gelegt haben. Dieselbe lautet:

Si fundum vestrum, vobis per denuntiationem admonentibus volentem ad emptionem accedere, quod distrahentis non fuerit, non recte is, contra quem preces funditis, comparavit vel alio modo mala fide contraxit, tam fundum vestrum constitutum probantibus quam fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum, aditus praeses provinciae restitui iubebit.

Wenn hier nämlich die Kaiser trotz der an den Käufer Seitens der Eigenthümer gelangten Denuntiation noch ausserdem von einem „*non recte*“ *comparare* reden und einen besondern Beweis der *mala fides* bei der Frucht-Perception fordern[2]), so könnte es den Anschein gewinnen, als betrachteten sie die blosse Kunde von fremdem Rechte für die *mala fides* nicht als genügend, womit den Vermuthungen über das, was zu dieser Kunde behufs

[1]) Siehe oben unter V, 2, a.
[2]) Vgl. Schirmer, a. a. O., S. 227.

Versetzung in *mala fides* noch hinzutreten müsste, ein weites Feld eröffnet wäre. Die einfachere Erklärung liegt jedoch darin, dass die blosse Anzeige eines Dritten, welcher dem von einem im Besitze befindlichen Verkäufer gerade Kaufenden mittheilt, die Sache gehöre ihm, dem Anzeigenden, den Käufer durchaus nicht ohne weiteres in der Ueberzeugung, die Sache gehöre seinem Auctor, dem Verkäufer, erschüttern wird; im Gegentheil, der Käufer wird sich mit Recht fragen, warum denn jener Mahner, welcher so gut weiss, wo die Sache sich befindet und was mit ihr vorgeht, nicht schon längst, falls sein Recht auf die Sache ein begründetes wäre, dieselbe abgeholt hätte. Die Mahnung war geeignet, den Käufer in *malam fidem* zu versetzen, nur wenn sie eine besonders glaubwürdige war; auf diese Glaubwürdigkeit ist der Beweis zu richten, welchen die Kaiser den Eigenthümern noch auferlegen; gelingt dieser Beweis, so ergibt sich damit zweifellos zugleich, dass der Käufer *non recte* erworben hat.[1])

Wie so ganz anders, als die l. 17 C. cit. schlagen doch diejenigen Stellen ein, welche wirklich *bona fides* ausnahmsweise trotz Kunde von der Fremdheit der Sache statuiren; gerade und bestimmt sagt l. 137 D. d. r. i. 50, 17: Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est; die eigenthümlichen Verhältnisse betonen eben so scharf die l. 28 D. de noxalibus actionibus 9, 4, Fragm. Vat. § 1 und § 293, l. 5 pr. D. pro derelicto 41, 7; diese bieten uns Sätze, auf welche sich bauen lässt; die l. 17 C. cit. mit ihrem verschwommenen Constitutionen-Styl ist nach keiner Seite zu verwerthen.

3) Als concludenter Umstand erscheint mir auch folgender. Wäre der redliche, zur Kunde fremden Rechts gelangte Besitzer nicht *m.*, sondern *b. f. por.*, so dürften nicht auf jeden, welcher diese Kunde erhält, ohne weiteres materiell die für den *m. f. por.* geltenden Sätze angewendet, sondern es müsste eine Ausnahme für denjenigen, welcher bloss formal als *negotiorum gestor* besitzt, gemacht werden. Die Quellen aber behandeln jeden zur Kunde fremden Rechts gelangten Besitzer vom Augenblick dieser seiner Kunde ab, abgesehen von der trotz *mala fides superveniens*

---

[1]) So treffend schon die eine Ansicht bei Haenel, Dissensiones dominorum, S. 137 § 21 (Cod. Chis.).

weiterlaufenden Ersitzung, unbedingt und uneingeschränkt als einen *m. f. por.*[1]), wie nunmehr nachzuweisen ist.

a) Viel bestritten ist die Frage, ob vom Augenblicke der Kunde fremden Rechts ab der Besitzer Früchte wie ein *b. f. por.* zu erwerben aufhört. Das Quellen-Material ist folgendes:

l. 48 § 1 D. d. a. r. d. 41, 1 (Paulus). In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. nec contrarium est quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit.

l. 40 D. h. t. (Africanus). Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat, an aliquid per eum adquirat. non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere coeperit, quia et si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet: et multo magis, si testator eum alienum bona fide emptum possedit. et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut, sive proprii sive alieni vel legati vel manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur. etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur.

l. 23 § 1 D. h. t. (Ulpianus): Tamdiu autem adquirit, quamdiu bona fide servit: ceterum si coeperit scire esse eum alienum vel liberum, videamus, an ei adquirit. quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta: et magis est, ut singula momenta spectemus.

l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1 (Julianus): Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi: bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet,

[1]) Dagegen v. Brinz; siehe oben S. 62, Anm. zu Ende.

quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.

Man hat verschiedentlich versucht, den scharfen Gegensatz zwischen den drei ersten dieser Stellen und der letzten zu heben. Schon die Glosse[1]) nimmt an und noch v. Scheurl[2]) meint mit der Annahme ausreichen zu können, dass l. 48 § 1 bloss die Frage aufwirft, welche dann in l. 25 § 2 zu Gunsten des Weitererwerbs Seitens des zu *scientia rei alienae* gelangten Besitzers entschieden würde; bei unvoreingenommener Betrachtung wird man aber über die Thatsache, dass l. 48 § 1 keineswegs bloss fragt, sondern ganz bestimmt auch eine Antwort und zwar gerade die der l. 25 § 2 entgegengesetzte Antwort gibt, nicht hinwegkommen. Es ist dabei besonders zu betonen, dass in l. 48 § 1 Paulus die Ansicht des Pomponius so referirt, dass er ihr damit ersichtlich beitritt; der letzte Satz *„nec contrarium est"* ist in direkter Rede geschrieben und zu ihm bildet der folgende § 2 eine Fortsetzung, bei welcher nichts mehr darauf hinweist, dass hier Paulus nicht selbstständig redete; ausser ihnen sind übrigens noch Africanus und Ulpianus in l. 48 u. l. 23 § 1 zu berücksichtigen.

Deshalb tritt v. Brinz[3]) ganz anders an die Lösung heran, wennschon er dieselbe nach der gleichen Seite, zu Gunsten der l. 25 § 2 zu gewinnen sucht. Er unterscheidet nämlich zwischen dem Recht des *b. f. por.*, nach welchem er *fructus separatos* oder *perceptos suos facit;* und demjenigen, nach welchem er *fructus consumptos suos facit.*[4]) Ersteres nun soll dem zur Kunde fremden Rechts gelangten Besitzer bleiben, bloss dies besagen soll l. 25 § 2 D. cit.; letzteres freilich soll er vom Moment jener Kunde ver-

---

[1]) Gl. Percipiendos ad leg. 25 § 1 cit.; s. übrigens eine Reihe anderer Erklärungsversuche in derselben Glosse u. weiter in gl. Suos non faciet ad leg. 40 cit.

[2]) v. Scheurl, Beiträge I, 298; wie dann v. Scheurl die Entscheidung der l. 25 § 2 mit „streng genommen" fortdauernder *bona fides* erklärt, darüber s. oben S. 63 den Anfang dieses Abschnittes und dagegen Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 368.

[3]) Zum Recht der *b. f. pio.*, S. 105 fg.; vgl. oben S. 62 Anm.

[4]) Eine ähnliche Unterscheidung, aber ohne sie zu den v. Brinz'schen Resultaten durchzuführen, macht Göppert, Organische Erzeugnisse S. 369; derselbe beschränkt sich vielmehr darauf, in ihr eine geschichtliche Erklärung der Antinomie zu suchen.

lieren, dies besagen sollen l. 48 § 1, l. 40, l. 23 § 1 D. cit. Ihre Stütze findet diese Auffassung in dem Schlusssatze von l. 40 cit., in welchem es ausdrücklich heisst:

quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat etc.;

dagegen heisst es aber zu Anfang derselben l. 40 kurzweg

„fructus ex eo suos non faciet“

und ebenso in l. 48 § 1 in der Frage

„an fructus meos faciam“ und zu Ende

„fructus suos facit“;

sollte in den drei letzteren Wendungen stets *consumptos* hinzuzudenken sein? Eine solche Freiheit dürften wir doch wohl nur nehmen, wenn wir uns der Ansicht anschlössen, der *b. f. por.* erwerbe durch seine Separation und Perception gar kein besonderes Recht, sein Recht sei ganz in der Freiheit von der Pflicht, für *fructus consumpti* Ersatz zu leisten, d. i. *consumptos suos facere,* enthalten; dann allerdings ist es selbstverständlich, dass, wo von dem Rechte, die Früchte zu erwerben, wennschon bloss mit der kürzeren Fassung *suos facere* die Rede ist, doch nur ein *consumptos suos facere* gemeint sein kann. Damit aber kämen wir — auf die endlose Streitfrage, welche wir hiermit berühren, selbst brauchen wir deshalb nicht einzugehen — in eine eigenthümliche Stellung zu l. 25 § 2; diese würde dann einen rechtlich ganz unbedeutsamen Gegenstand behandeln; darauf, ob der Percipient noch *b. f. por.* wäre, käme dann, da sich mit der Perception für einen solchen gar kein Vortheil verbände, ja gar nichts an; und wie Julianus gar sagen könnte, er müsse als solcher angesehen werden *(intelligi debet)*, wäre unerklärlich. So meint es aber auch v. Brinz[1]), der auf diese Weise seinen Zweck, die Rechtswirkungen der *b. f. pio.* über den Eintritt der *conscientia rei alienae* hinausgreifen zu lassen, doch wieder gauz verfehlen würde, offenbar gar nicht; vielmehr nimmt er an, dass es sich um zwei ganz verschiedene in den verschiedenen Momenten der Perception und Consumption vorsichgehende Rechtserwerbe handle; dass nämlich der *b. f. por.* durch Perception resp. schon durch Separation das Recht erwerbe, die Früchte *suos* zu machen; und durch Consumption das Recht, für sie keinen Ersatz zu leisten; ersteres Recht soll ihm trotz der *scientia rei alienae* bleiben, letzteres nur

---

[1]) S. weiter desselben Pandekten I, § 143.

zustehen, wenn er noch in Unwissenheit consumirt. In Folge dessen wächst dann wieder der Unterschied zwischen dem einfachen *„suos facere“* und dem *„consumptos suos facere“* so, dass man unmöglich drei Mal statt des ersteren das letztere lesen kann, und wird man deshalb die Brinz'sche Erklärung fallen lassen müssen; wobei ferner hinzukommt, dass, wie v. Brinz selbst zugibt, bei seiner Interpretation zwischen dem Vortheile, welchen der ursprüngliche *b. f. por.* durch *opera ac ministerium* des Sklaven, und demjenigen Vortheile, welchen derselbe aus einem Grundstücke zieht, sich doch ein gewisser Unterschied ergeben würde, ohne dass man für einen solchen Unterschied einen inneren Grund anzugeben in der Lage wäre.[1])

Ebensowenig vermögen aber auch diejenigen Lösungs-Vorschläge zu befriedigen, welche l. 25 § 2 den anderen Stellen unterordnen wollen; weder die ältere von v. Stintzing[2]), welcher das *„perceptos“* der l. 25 § 2 in Gegensatz zur Separation bringt und annimmt, separirt, also eigentlich erworben seien die Früchte schon vor Eintritt der *mala fides* — wobei man nicht versteht, wieso Julianus noch eine Frage für den Moment der Perception übrigbleibt[3]); noch der jüngere von Exner[4]), welcher meint, ausnahmsweise behalte vielleicht *pro cultura et cura* der zur Kunde fremder Berechtigung gelangte Besitzer noch diejenigen Früchte, welche er vor der Kunde gesäet und bestellt habe — eine Anschauung, welche man vielleicht aus der Julianus vorgelegten

---

[1]) S. das Nähere bei v. Brinz selbst, a. a. O., S. 111. Wenn derselbe uns aber damit trösten will, dass „vielleicht noch einmal ein Gesichtspunkt wird aufgefunden werden, nach welchem Africanus u. A. Grund hatten, den *alienus servus b. f. serviens* dem *liber homo b. f. serviens* gleichzustellen und eine von Julian abweichende Meinung geltend zu machen,“ so ist dem gegenüber doch wohl die rationellere Behandlung die, bis ein solcher Gesichtspunkt aufgefunden sein wird, damit zu rechnen, dass er eben von dem gewählten Terrain aus nicht zu finden ist; ich wenigstens denke viel zu hoch von v. Brinz' Scharfsinn, um nicht anzunehmen, dass derselbe das überhaupt Findbare gefunden haben würde.

[2]) v. Stintzing, Bona fides und titulus, S. 34; vgl. l. 13 i. f. D. quibus modis usus fructus vel usus amittitur 7, 4.

[3]) Eben deshalb ist vielmehr anzunehmen, dass Julianus hier wie sonst den Unterschied zwischen Separation und Perception nicht beachtet wissen will.

[4]) Exner in der Recension von v. Brinz, das Recht der *b. f. pto.*, Grünhuts Zeitschrift III, S. 712 fg.

Frage, nicht aber aus der von ihm gegebenen, ganz allgemein gefassten Antwort herleiten kann.

Es bleibt nichts übrig, als die Antinomie als vorhanden anzuerkennen[1]; entsteht mit dieser Anerkennung sofort die Frage, welcher von den beiden in den Quellen vertretenen Ansichten wir uns anzuschliessen haben, so scheint mir nun alles dafür zu sprechen, dass wir gegen Julianus mit Ulpianus, Paulus, Africanus und Pomponius den Frucht-Erwerb vom Augenblicke der Kunde fremder Berechtigung ab aufhören lassen müssen.[2]) Dafür spricht zunächst schon die Autorität, welche im Justinian'schen Recht unweigerlich Paulus und Ulpianus, besonders wo sie einig sind, beizumessen ist; mag man immerhin mit modernsten Rechtshistorikern[3]) nicht mehr in diesen beiden, sondern umgekehrt grade in Julianus den Höhepunkt Römischer Jurisprudenz finden und das Zeitalter nach letzterem, mit Ausnahme der einzigen Persönlichkeit des Papinian, als ein Alexandrinisches charakterisiren; dass für das positive gemeine Recht die Stimmen des Paulus und Ulpianus einen ganz anderen Einfluss ausüben, als diejenigen des Julianus und seiner Vorgänger; dass die Ansichten dieser letzteren in dem Pandekten-Werke nur die Verzierung, die der ersteren die Grund- und Haupt-Linien ab-

---

[1]) So schwer dies besonders auch demjenigen fallen wird, welcher in den den Namen des Africanus tragenden Quaestiones nur von diesem redigirte Ansichten des Julianus findet, vgl. Buhl, Salvius Julianus, I, S. 76 fg.; Buhl selbst setzt sich freilich über diese Schwierigkeit sehr leicht hinweg, indem er (S. 79 fg.) bloss die Aehnlichkeit betont, welche zwischen l. 40 und l. 25 § 1 cit. darin besteht, dass beide Erwerb der Früchte und des Sklavenverdienstes zusammenstellen, den inhaltlichen Gegensatz aber nicht zur Sprache bringt. Eine Erklärung könnte man etwa darin suchen, dass Julianus Meinung gewechselt hätte, wie dies Buhl S. 81 für einige andere Stellen annimmt; einen anderen Erklärungs-Versuch s. bei Pernice, Labeo II, S. 173.

[2]) So besonders auch Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 368 fg.; u. Köppen, der Fruchterwerb des b. f. por., S. 85.

[3]) Hofmann, Studien, S. 7 fg. — Der Zusammenhang dieser Richtung mit der allgemeinen Geistes-Strömung unserer Zeit liegt zu Tage; unserer Vorliebe erfreuen sich überall die Vordenker und Entwickelungskämpfer im Gegensatze zu den Ausführenden, die einseitig-mächtigen, leidenschaftlichen Charaktere mehr als die harmonisch in sich ausgeglichenen, vermittelnden Naturen; die „bedeutenden“ mehr als die „tüchtigen“ Menschen; die Persönlichkeiten mehr als die Leistungen; die Psychologie mehr als die Logik.

geben, wird nie verkannt werden dürfen. — Sodann kommt aber auch die Bestimmtheit und Klarheit, mit welcher Ulpianus und Africanus der gewundenen Erklärung des Julianus gegenüber verfahren, in Betracht; nicht wagt letzterer uns, wie es eigentlich seine Meinung verlangen würde, zu sagen, der zur Kunde fremder Berechtigung gelangte Besitzer sei doch noch *b. f. por.*, sondern in der für fiktionenähnliche Wendungen vielbeliebten Weise heisst es nur, der Betreffende sei als *b. f. p.* noch „anzusehen", und zwar auch nicht *quod ad omnia,* sondern bloss *quod ad percipiendos fructus* — eine Wendung, welche jedenfalls, grade in diesem Zusammenhang, am lautesten und klarsten dafür spricht, dass auch Julianus jeden, welcher Kunde vom fremden Rechte erhalten hat, damit eigentlich als *m. f. por.* ansieht und im allgemeinen auch als solchen behandelt wissen will. Ist es aber nach seinen eigenen Worten eine singuläre Ausnahme *quod ad fructus percipiendos,* welche er in l. 25 § 2 statuirt; und nähme man dann auch nur an, diese l. 25 § 2 und die drei andern Stellen höben sich in ihrer Gültigkeit wegen der Antinomie einfach auf; so müsste nunmehr, Mangels besonderer positiver Vorschrift, aus dem auch von Julianus anerkannten Princip gefolgert werden, dass der zur Kunde fremden Rechts gelangte Besitzer die Früchte nicht mehr erwirbt. — Nimmt man hinzu die blosse arithmetische Ueberzahl; den Umstand, dass die stärker vertretene Meinung mit allen bisher entwickelten und besonders mit den sogleich jetzt zu entwickelnden Sätzen des Römischen Rechts ebenso in bestem Einklange steht, wie die vereinzelte Ansicht des Julian denselben widerspricht; und bedenkt man schliesslich, dass die drei Stellen des Paulus, Ulpianus und Africanus sich *in sede materiae* befinden, während l. 25 § 2 in den Titel *de usuris* versprengt ist[1]): so wird man gewiss auch schon für das Justinianische Recht, ohne für das gemeine Recht canonische Sätze zur Hülfe nehmen zu müssen[2]), zu dem Ergebnisse gelangen, dass der *in scientiam rei alienae* versetzte Besitzer vom Momente seines Wissens ab die Früchte nicht mehr erwirbt.

b) Auch was Haftung für die Sache, Deterioration und Früchte angeht, wird derselbe von diesem Augenblicke an als *m. f. por.* herangezogen. Dies ergibt sich, wenn schon kein direkt von der

[1]) Wie hierauf Göppert a. a. O. mit Recht ein Haupt-Gewicht legt.
[2]) Mit Windscheid I, S. 647, Note 18.

rei vindicatio handelnder Fall angeführt zu werden vermag, mit zwingender Analogie aus l. 25 § 5 *D. de pet. her. 5, 3* (Ulpianus):

> De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit. quod si ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur: puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere: parvi etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus an postea hoc facere coepit.

In der nicht unbedenklichen Frage nämlich, wie weit von den Sätzen über *hereditatis petitio* auf die *rei vindicatio* zurückgeschlossen werden darf, scheint mir folgende Unterscheidung angezeigt. Wenn die für die *hereditatis petitio* gültigen Regeln auf die positiven Satzungen oder die Interpretation des *SCltum. Iuventianum* zurückgehen, so dürfen wir dieselben nicht aus eigener Initiative, sondern nur soweit [1]) wir dazu von den Römischen Juristen berechtigt und angewiesen sind, auf die dingliche Einzel-Klage übertragen. Soweit dagegen die für die *hereditatis petitio* von den Pandekten-Juristen vorgetragenen Regeln aus der Natur der Sache von diesen deducirt sind, ist zuzusehen, ob bei der betreffenden Deduktion das Wesen der *hereditatis petitio* als einer Universal-Klage irgend welche Rolle spielt; ist dies nicht der Fall, so ist gegen die Uebertragung auf die *rei vindicatio* wohl kein Bedenken mehr zu erheben. Soweit nun freilich l. 25 § 5 cit. denjenigen, *qui scit hereditatem nihil ad se pertinere,* als *praedo* bezeichnet und von einem *dolose versari* desselben spricht, liegt ihr offenbar das *SCltum. Iuventianum* resp. die an dasselbe sich anschliessende Jurisprudenz zu Grunde; sofern sie aber sagt, dass demjenigen, welcher schon Anfangs die *scientia rei alienae* hatte, derjenige, welcher sie erst später erlangt, von dem Augenblicke der Kenntniss ab gleichzustellen ist, argumentirt sie ebenso offenbar weder aus dem SCltum, noch aus der dasselbe begleitenden Jurisprudenz, noch aus dem Wesen der Gesammt-Klage, sondern vielmehr lediglich aus dem Begriffe der *bona fides* als des Nicht-Wissens und der *mala fides* als des Wissens. Daraus ergibt sich für uns folgender Schluss: wie, wer eine fremde Erbschaft zunächst gutgläubig occupirt hat, von dem Augenblick ab, in welchem er

---

[1]) l. 27 § 3 D. d. r. v. 6, 1.

sie als fremde kennen lernte, nach den Grundsätzen des *SCltum. Iuventianum* und der *hereditatis petitio* überhaupt als *praedo* haftet; so haftet, wer eine fremde Einzel-Sache zunächst gutgläubig occupirt hat, von dem Augenblick ab, in welchem er sie als fremde erkannt hat, nach den Grundsätzen der *rei vindicatio* als *m. f. por.*

Dass es eine mit diesem Ergebniss ganz unverträgliche Erscheinung wäre, wenn dem *in scientiam rei alienae* versetzten Besitzer noch weiter gestattet würde, sich die Früchte zuzueignen, bedarf keiner Ausführung; das im Vorhergehenden für diesen Punkt gewonnene Resultat findet hiermit eine letzte und meines Erachtens entscheidende Stütze.

c) Unmittelbar erfahren wir, dass der in bösen Glauben versetzte Besitzer in Bezug auf von dem Momente des bösen Glaubens ab gemachte Auslagen ganz wie jeder *m. f. por.* behandelt wird durch l. 37 D. d. r. v. 6, 1 (Ulpianus):

> Julianus libro octavo digestorum scribit: si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei quidem emptor fui, verum eo tempore aedificavi, quo iam sciebam alienam, videamus, an nihil mihi exceptio prosit: nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito. puto autem huic exceptionem non prodesse; nec enim debuit iam alienam certus aedificium ponere: sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.

Hiermit dürfte die Behauptung, dass jeder, welcher bisher die Sache gutgläubig besass, dann aber von ihrer Fremdheit Kunde erhält, ohne weiteres von da ab als *m. f. por.* behandelt wird, nach allen Seiten genügend nachgewiesen sein. Kein ähnlicher Quellen-Beweis lässt sich leider für den ehrlichen Finder führen, auf dessen Lage sich bekanntlich unsere Quellen nur äusserst selten einlassen, so dass sie für ihn unsere Frage gar nicht berühren. Doch wird kaum jemand bezweifeln, dass derjenige, welcher sich vor Gericht etwa der Haftung entziehen oder etwa gar die Früchte als durch Consumption ihm endgültig erworbene ansprechen, dafür sich aber darauf berufen wollte, er sei, da er bloss für denjenigen, welcher die Sache verloren habe, habe aufbewahren wollen, *bonae fidei possessor* gewesen, in Folge dieses seines Vorbringens eigenthümliche Erfahrungen, vielleicht auch die Bekanntschaft des Gerichtsarztes, zu machen in die Lage kommen möchte.

4) Die letzte Bemerkung berührt den eigentlich entscheiden-

den und massgebenden Punkt; auf den vollständig redlichen Besitzer, welcher die Sache bloss in fremdem Interesse aufbewahrt, passt inhaltlich keiner der für die *bonae fidei possessores* gültigen Grundsätze; während für ihn ohne jede Modification passen, ja geradezu mit Rücksicht auf seine besondere Lage und deren Möglichkeit aufgestellt sind die für die *malae fidei possessores* gültigen Quellensätze.[1]) Wollte man ihn also schliesslich selbst wegen seiner Redlichkeit als *bonae fidei por.* bezeichnen, so müsste man gleich hinzusetzen, dass auf ihn nicht die für *b.*, sondern die für *m. f. pores.* sonst geltenden Regeln Anwendung finden; d. h., da die ganze Unterscheidung zwischen *b.* und *m. f. pio.* doch wohl nur aus der verschiedenen Behandlung ihre Berechtigung entnimmt, man käme auf einen *b. f. por.* hinaus, der eigentlich *m. f. por.* wäre; oder wie man diese Ungereimtheit anders umschreiben möchte. Dem gegenüber erweist sich als das einzig zutreffende das entgegengesetzte Verfahren. Wenn ein jeder, welcher weiss, dass er eine fremde Sache ohne Uebereignungs-Wille des Eigenthümers besitzt, gleich behandelt werden muss, einerlei ob er in redlicher oder unredlicher Absicht besitzt, so ist auch auf alle diese in gleicher Lage befindlichen Besitzer derselbe Namen anzuwenden; wenn derjenige, welcher glaubt, seine eigene oder eine fremde Sache mit Uebereignungs-Willen des Eigenthümers zu besitzen, ganz anders behandelt werden muss, als wer wissentlich eine fremde Sache mit bloss formaler Aneignungs-Absicht als *negotiorum gestor* des Berechtigten besitzt, so darf auf diese in ganz verschiedener Lage befindlichen Besitzer derselbe Namen nicht angewendet werden. Unser *negotiorum gestor* ist *malae*, nicht *bonae fidei possessor*.

Treffen doch die Grundsätze der *b. f. pio.* so wenig auf ihn zu, dass er selbst, solange er redlich bleibt, sie nicht wird auf sich angewendet wollen dürfen. Er darf die Früchte nicht für sich gewinnen wollen, da er sonst zur ökonomischen Aneignung fortschritte; erstrecht darf er die Sache, welche er als eine bewusst fremde, wie z. B. der redliche Finder, in Besitz nimmt, nicht usukapiren wollen, während freilich bei *mala fides superveniens* die Usukapion, eventuell selbst trotz seines redlichen ent-

[1]) Zu vergleichen sind natürlich bloss diejenigen Sätze, welche für die Zeit vor der Litiscontestation gelten; wo der Einfluss dieser anfängt, hört das Recht der einfachen *b.* und *m. f. pio.* auf.

gegenstehenden Willens, nach Römischem Rechte weiterlief; er darf nicht frei und sorglos, ohne sich um ihre Aufbewahrung und Erhaltung zu kümmern, mit der Sache umgehen wollen; er muss wissen, dass er für Ausgaben, welche er über das nothwendigste Mass hinaus auf die Sache macht, keinen Ersatz zu erwarten hat. Und ein solcher Besitzer, welcher die *beneficia* der *bonae fidei possessio* redlicher Weise nicht einmal in Anspruch nehmen kann, sollte ein *bonae fidei possessor* sein?

Dagegen passen auf ihn völlig und allseitig die Regeln der *m. f. pio.* Eine nähere Betrachtung dieser Regeln wird sogar ergeben, dass sie gerade mit Rücksicht auf ihn aufgestellt sind, wennschon diese Rücksicht keine bewusste gewesen, sondern mehr einem richtigen Gefühl entsprungen sein dürfte; sie sind aufgestellt von dem Gesichtspunkt aus, dass der unter sie fallende Besitzer sich gelegentlich als ein ehrlicher Mann herausstellen wird und dass darum der *m. f. por.* schlechtweg nicht härter behandelt werden kann, als der ehrliche *m. f. por.* behandelt zu werden verlangen darf; indem sie in dem Masse der Haftung, welches den *m. f. por.* trifft, nicht über dasjenige hinausgehen, was dem ehrlichen Besitzer einer fremden Sache zuzumuthen ist, lassen sie darauf zurückschliessen, dass sie dem Umstande Rechnung tragen, dass es auch redliche *m. f. pores.* gibt, also jeder *m. f. por.* bis zum Gegenbeweise als redlicher betrachtet und behandelt werden muss. Nur wenn unbedingt alle *m. f. pores.* als solche unredlich wären, so könnte, dann müsste aber auch das Recht der *m. f. pio.* einfach aus dem allgemeinen Grundsatze des Einstehens für Unredlichkeit abgeleitet sein; sind möglicher Weise einzelne *m. f. pores.* redlich, so kann ein Recht, welches für alle *m. f. pores.* unterschiedslos gelten soll, auf die der Redlichkeit stets zukommenden Begünstigungen Rücksicht zu nehmen nicht unterlassen; es kann dann das allgemeine Recht der *m. f. pio.* nur auf der Grundlage, welche speciell auch für die redlichen *m. f. pores.* passt, aufgeführt werden; wirklich nun aber beruht unser Recht der *m. f. pio.* nicht darauf, dass der *m. f. por.* herangezogen wird als einstehend für seine Unredlichkeit; sondern vielmehr darauf, dass von ihm einerseits nur gefordert, andererseits ihm aber auch alles gewährt wird, was nach Treu und Glauben ein redlicher Mann, welcher eine fremde Sache besitzt, leisten muss und dagegen verlangen kann.[1])

---

[1]) Ob dann nicht ausserdem wohl noch auf den redlichen *m. f. por.* aus

a) Der *m. f. por.* haftet in Bezug auf die Aufbewahrung der Sache selbst wegen *dolus* [1]), welchem hier *culpa lata* gleichgestellt ist [2]), nicht aber wegen *culpa levis.* [3])

Dies entspricht völlig dem, was einem redlichen Besitzer einer fremden Sache zugemuthet werden kann. Gegen den in *malam fidem supervenientem* gerathenen wird Niemand stärkere Haftung verlangen; dagegen stösst man wohl auf die Behauptung, indem der Finder die Sache mitnehme und sich provisorisch freiwillig aneigne, greife er der Möglichkeit vor, dass der Verlierer sie da, wo er sie verloren hat, wiederfinden werde und trage deshalb eine höhere Verantwortung. Diese Anschauung erscheint jedoch praktisch unzutreffend, da doch von einem eigentlichen Verlieren, d. h. von Fällen, in welchen der Besitz verloren worden ist, ausgegangen wird; solche nun können nicht entstehen durch blosses Vergessen, Liegenlassen, Fallenlassen u. s. f. in geschlossenen, das Umschlossene sofort der Detention, sei es des Eigenthümers, sei es eines event. für die zurückgebliebene Sache haftenden Dritten (Wirthen oder dgl. m.) überantwortenden Räumen; sondern lediglich durch Abhandenkommen an öffentlichen Orten, auf Strassen oder Plätzen u. s. f.; hier aber ist die Gefahr, dass ein gewissenloser Mensch die Sache finde und stehle, wie jeder aus dem täglichen Leben weiss, eine stark hervortretende; wenn daher der redliche Finder die gefundene Sache, um sie solcher Gefahr zu entziehen, wegnimmt, so erschwert er nicht, sondern erleichtert ganz bedeutend dem Eigenthümer die Rückerlangung; hätte er die Sache, wie jene Theoretiker ihn thun

---

dem Verhältnisse der *negotiorum gestio;* und auf den unredlichen *m. f. por.* aus seiner Unredlichkeit besondere Regeln Anwendung finden, ist für uns irrelevant. Entscheidend ist, dass sie als blosse *m. f. pores.* gleich behandelt werden; dass dann der *negotiorum gestor*, weil er sei es schärfer haftet, sei es weitergehende Ersatz-Ansprüche hat, kein *m. f. por.* sei, wird man ebensowenig behaupten können noch wollen, als jemand jemals geleugnet hat, dass der weit über das Mass des gewöhnlichen, auch unehrlichen *m. f. por.* hinaus haftende Dieb ein *m. f. por.* ist.

[1]) l. 27 § 3 D. h. t. (d. r. v.) 6, 1.

[2]) l. 9 § 4 D. ad exhibendum 10, 4.

[3]) Die entgegengesetzte Meinung scheint mir so entscheidend aus dem Felde geschlagen, dass die betr. Controverse wohl zu den wenigen gehören dürfte, welche man als endgültig erledigt freudig begrüssen kann.

heissen, liegen lassen, so wäre sie längst „weg", bis der Eigenthümer sich zu ihr zurückgewendet hätte.

Demgemäss ist es ganz passend, wenn der redliche Besitzer einer fremden Sache bloss wegen *dolus* und *culpa lata*, nicht auch wegen *culpa levis* haftet, etwa nach Analogie des Depositum[1]); und nur durch Rücksicht auf ihn lässt es sich erklären, warum der gewöhnliche *m. f. por.* nicht weiter haftet. Denn dass der unredliche Besitzer auch wegen leichter Verschuldung einstehen müsste, ist so naheliegend, dass offenbar eben aus dem durchweg vorherrschenden Glauben, jeder *m. f. por.* sei unredlich, die quellengemäss so schwach begründete Meinung, nach welcher der *m. f. por.* für *culpa levis* haften sollte, ihre eigentliche Kraft gezogen hat. Leitete sich die ganze Behandlung des *m. f. por.* von seiner Unredlichkeit her, so wäre nicht abzusehen, warum man ihn nicht auch für leichte Verschuldung heranzöge; genügende Berücksichtigung des immer noch zwischen ihm und dem Diebe bestehenden Unterschiedes wäre es schon, wenn man ihm nicht nach den strengeren Grundsätzen über *mora restituendi* auch einen grossen Theil des *casus* aufbürdete. Ist dagegen die Haftung des *m. f. por.* so zu gewinnen, dass zuerst festgestellt wird, was dem redlichen *m. f. por.* zugemuthet werden darf; und dass dann dies, da jeder *m. f. por.*, so lange ihm das Gegentheil nicht bewiesen ist, als redlicher behandelt zu werden fordern kann, auf alle *m. f. pores.* ausgedehnt wird: so gelangt man genau zu dem Satze des positiven Rechts.

b) Der *m. f. por.* haftet in Bezug auf den besonderen Umstand, dass er die Sache in unversehrtem Zustande aufbewahre, nicht nur wegen *dolus* und *culpa lata*, sondern auch wegen *culpa levis.*[2])

Demgegenüber hat jüngst Pfersche[3]) behauptet, der un-

---

[1]) Auch als *negotiorum gestor* haftet unser unredlicher Besitzer nicht stärker, vgl. l. 3 § 9 D. h. t. 3, 5; die Stellung des *m. f. por.* im allgemeinen nähert sich hier derjenigen des Geschäftsführers und derjenigen des Depositars, ohne mit der einen oder anderen von beiden zusammenzufallen; Pfersche a. a. O., S. 253 möchte den *m. f. por.* gleichfalls nicht über das Mass des Depositars hinaus *de lege ferenda* verantwortlich gemacht sehen.

[2]) l. 45 D. h. t. 6, 1 und l. 5 C. h. t. 3, 32; vgl. Windscheid, I, S. 663, Note 13.

[3]) Pfersche, a. a. O. S. 52—57 u. S. 209—214; er spricht nicht nur

redliche Besitzer hafte als solcher gar nicht wegen Sorgfalt, vielmehr treffe ihn nur, wie jeden Beliebigen, die Aquilische Haftung, und zwar so, dass die Verbindung der *rei vindicatio* mit der Klage auf Ersatz des Aquilischen Schadens eine lediglich prozessualische Erscheinung sei. Da Pfersche jedoch, wenigstens für das Justinianische Recht, die Beziehung von l. 45 D. und l. 5 C. h. t. auf die Vindikation anerkennen muss [1]), so kann er seine Meinung nur aufrecht erhalten, indem er annimmt, seine Lehre sei inhaltlich ganz gleich der von Windscheid [2]) vorgetragenen, nur dass er, Pfersche, die innerliche Natur der betreffenden Haftung ihrem geschichtlichen Entwickelungsgange gemäss hiermit zu genauerem Ausdrucke bringe. So fährt er, nachdem er richtig gezeigt, wie l. 45 den *m. f. por.* nur für Verschlechterung, nicht auch für Untergang verantwortlich macht, fort:

> „Dafür haftete der unredliche Sachbesitzer auch früher nach den Aquilischen Grundsätzen, aber freilich mit eigener Klage. Die Uebertragung der Stelle konnte daher auch die Bedeutung haben, ... die Haftung für vorprozessualische Beschädigung in der Vindikation selbst zum Ausdruck zu bringen."

Aber besser, als so ohne weiteres anzunehmen, Windscheid „meine" mit der Haftung für Deterioration „offenbar nur die Haftung nach aquilischen Grundsätzen" [3]) mit bloss prozessualer Verbindung und innerlicher Selbstständigkeit, wo dann freilich die Vortragsweise Windscheid's eine „ungenaue und irreführende" [4]) wäre; besser hätte sich Pfersche wohl einmal vorher die vortrefflichen Bemerkungen unseres alten v. Wächter [5]) über diesen Punkt angesehen. Da hätte er, worauf er selbstständig nicht gekommen ist, folgende Aufklärung gefunden; es heisst da:

---

von dem vor-Justinianischen Recht, auf welches ich hier nicht weiter eingehen kann; sondern auch von dem Justinianischen.

[1]) Mit l. 13—15 pr. D. h. t. wäre seine Behauptung sonst wohl vereinbar; dagegen nicht mit den im Text citirten Stellen, an welchen auch der Widerspruch von v. Brinz (Pandekten I, 662, Anm. 13) gegen Windscheid scheitern dürfte.

[2]) Windscheid, Pandekten, a. a. O.

[3]) Pferche, a. a. O., S. 209.

[4]) Derselbe, a. a. O., S. 56.

[5]) v. Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte, drittes Heft, Stuttgart 1846, dreizehnte Erörterung, S. 130, Note 90 z. E.

„. . . . und was die actio legis Aquiliae betrifft, so ist diese hier auch zulässig, aber nur bei positiven fahrlässigen Handlungen, nicht aber gerade in den hierher gehörigen Hauptfällen, wenn der Besitzer durch Unachtsamkeit die Sache untergehen oder sich abhanden kommen liess."

Man setze hier nur statt der letzten Worte — v. Wächter vertheidigt bekanntlich noch die Haftung für *culpa levis* auch wegen Verlustes der Sache selbst — ein die entsprechende Wendung „eine Beschädigung erleiden liess" — und man hat eine Pfersche einige vierzig Jahre im voraus zu Theil gewordene Widerlegung vor sich, welcher wohl kein Wort zuzufügen ist. Was Pfersche übersehen hat, das ist, dass im allgemeinen, bloss aquilisch, derjenige nicht haftet, welcher etwa vorhersieht oder vorhersehen könnte, dass einer Sache durch die Handlung eines Dritten oder durch ein Naturereigniss Gefahr der Beschädigung droht, dieser Gefahr vorzubeugen aber, obgleich er dazu in der Lage wäre, unterlässt, während der *m. f. por.* allerdings für eine solche Unterlassung einsteht: denn ihn trifft neben dem allgemeinen, der einfachen aquilischen Verhaftung zu Grunde liegenden Verbote *neminem laede* noch ein specielles Gebot der Sorgsamkeit behufs Verhütung von Verschlechterung, wie es l. 45 D. und l. 5 C. h. t. unbedingt ihm auferlegen.

Die hierin liegende feine Schattirung nun, nach welcher der *m. f. por.* einsteht wegen Aufbewahrung der ganzen Sache für *dolus* und *culpa lata*, wegen Deterioration für *omnis culpa*, spottet erst recht einer jeden Erklärung aus dem Gesichtspunkte der Unredlichkeit. Ist die Unredlichkeit des *m. f. por.* eine solche, dass er nach ihr für *omnis culpa* einstehen muss: warum haftet er geringer in Bezug auf die Aufbewahrung der Substanz der Sache? Ist die Unredlichkeit des *m. f. por.* eine solche, wie sie freilich kaum construirt werden kann, dass nämlich Haftung bloss für *dolus* und *culpa lata* entspringt: warum haftet er darüber hinaus in Bezug auf Verschlechterung der Sache? Ein m. E. unlösbares Dilemma.

Dagegen erklärt sich alles vortrefflich von unserem Gesichtspunkte aus. Zunächst rechtfertigt derselbe, wie schon bemerkt, warum der Besitzer einer fremden Sache im allgemeinen nur wegen *dolus* und *lata culpa*, ähnlich wie ein Depositar, verantwortlich ist: er leistet denkbarer Weise schon durch seinen Besitz

dem Eigenthümer einen freiwilligen Gefallen. Sodann aber **hat** immerhin derjenige, welcher die fremde Sache besitzt, solange dieser Besitz gerade dauert, doch etwas; hätte er keine Verantwortung übernehmen wollen, so hätte er den Besitz nicht ergreifen oder beibehalten sollen; ist er also wirklich redlich, so wird er, wenigstens solange er eben im Besitze sich befindet, auf die Sache alle Sorgfalt und Obacht verwenden. Die Begründung seiner Redlichkeit liegt darin, dass er möglichst das Interesse des Eigenthümers vertritt; deshalb wird man ihm nicht etwa schon zumuthen können, dass er sich ängstlich, mit Aufwendung aller Diligenz den Besitz zu behaupten bemühe; geht ihm der Besitz ohne *dolus* und *culpa lata* verloren, so steht ja der Eigenthümer nicht schlimmer, als hätte jener nie besessen; solange jener aber besitzt, über die Sache disponirt, das Schicksal einer ihm fremden Sache regelt, so lange wird er sie wohl zu bewahren, sorgfältig mit ihr umzugehen und sie vor jeder Beschädigung möglichst zu behüten haben; eben dass er sie so behandeln will, rechtfertigt seinen Besitz; wollte er nicht so handeln, so hätte er sie besser nie in Besitz genommen, beziehentlich vom Augenblick der Kunde fremden Rechts ab den Besitz sofort aufgegeben. Somit erscheint die verschiedene Behandlung des Besitz-Verlustes und der Deterioration bei fortbestehendem Besitze nicht nur nicht als Anomalie, sondern als durchaus sachgemässe, für die Stellung des einfachen *m. f. por.* im Gegensatze zu der Lage des Depositars einerseits, des Mandatars andererseits und aller obligationsmässig Verhafteten überhaupt geradezu charakteristische Abtönung, mittels deren die Römische Jurisprudenz hier wie sonst ihre Meisterschaft bewährt, jedem besonderen Falle sein besonderes Recht widerfahren zu lassen.

c) Der *m. f. por.* haftet wegen aller *fructus percepti* wie wegen der (Deterioration der?) Hauptsache [1]); für *fructus percipiendi* haftet er, soweit er sie hätte anständiger Weise gewinnen können. [2])

---

[1]) Quellenstellen mangeln; vgl. Windscheid I, 666, Note 2.

[2]) § 2 J. de officio iudicis 4, 17; l. 33, 62 pr. D. h. t. 6, 1; l. 5 C. h. t. 3, 32. — Die Haftung wegen *percipiendi* leugnet für das Vor-Justinianische Recht Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 136, 142, für das Justinianische Recht Pfersche, S. 214—224, jedoch, wie er schliesslich, vgl. S. 251, selbst bemerkt, mit nicht ganz stichhaltigen Gründen; es wird daher wohl

Auch dieser Satz ist ein solcher, welcher vom Standpunkte der Unredlichkeit aus kaum zu erklären ist, von demjenigen der mit redlichster Gesinnung sehr wohl vereinbaren blossen *scientia rei alienae* aus aber unbedenklich zutrifft. Wenn es sich um eine Schadensersatz-Verpflichtung *e delicto* oder *quasi e delicto* handelt, woher kömmt es dann, dass der Massstab des Ersatzes nicht von dem Verletzten, sondern von dem Ersetzenden hergenommen wird, während sich doch sonst überall selbstverständlich das Interesse durch *damnum emergens* und *lucrum cessans* des Beschädigten ergibt? Wenn der Besitzer wegen seiner Unredlichkeit haftet, wie gelangt man dann dazu, das, was als Ergebniss seines unredlichen Besitzes er hätte gewinnen können, auch nur in Betracht zu ziehen? Nicht nur erscheint es dann zu milde, ihn bloss wegen der von ihm selbst zu ziehenden Früchte haften zu lassen; sondern es ist gar nicht abzusehen, wieso man überhaupt auf den Gedanken verfällt, diese ins Auge zu fassen. Was vorläge, wäre dann auf der einen Seite ein unredlicher Besitzer, auf der anderen Seite ein Eigenthümer, welcher sich beschwert, dass sein Recht eine Zeit lang gekränkt gewesen sei und welcher deshalb Ersatz fordert; natürlich könnte dabei doch bloss in Betracht kommen, was dem Eigenthümer dadurch abgeht, dass er während der Dauer des unredlichen Besitzes die Sache nicht hat benutzen können; was der unredliche Besitzer hätte gewinnen können, steht gar nicht in Frage, kömmt gar nicht in diese Gedankenreihe hinein. Wenn man wohl diese Beschränkung der Haftung des *m. f. por.* auf das, was er selbst hätte ziehen können, damit rechtfertigen will, dass er doch milder haften müsse, als der Dieb oder als wer immer diesem letzteren gleichsteht: so spricht man damit nur den Verzicht auf jede wirkliche Erklärung aus; den Dieb trifft ausser seiner Schadensersatz-Verpflichtung noch Strafe; in dieser findet seine schwerere Verschuldung die gebührende schwerere Ahndung; seit wann aber erhält der Beschädigte von dem Beschädiger nicht

---

ohne weiteres an der bisher durchaus herrschenden Ansicht festzuhalten sein. Dass der *m. f. por.* vor der Litiscontestation, wenn überhaupt für *fructus percipiendi*, bloss für die Früchte, welche er selbst, nicht auch für diejenigen, welche der Eigenthümer hätte ziehen können, haftet, darüber wird wohl allgemeine Uebereinstimmung bestehen; nur die Frage, ob sich dies mit der Litiscontestation ändert, bildet den Gegenstand der bekannten Controverse, welche uns demgemäss nicht berührt.

vollen Schadenersatz, weil letzterer bloss unredlich, nicht geradezu verbrecherisch gehandelt hat? Und warum gerade diese Art der Milderung, wieso verfällt man auf sie? Etwa von der Annahme aus, der unredliche Besitzer thue doch wenigstens alles, was ihm zugemuthet werden dürfe, indem er die Sache möglichst ausbeutet? Damit kämen wir schliesslich noch dazu, ihm dafür, dass er mit voller Kraft die Früchte seiner Unredlichkeit zu realisiren bestrebt ist, die öffentliche Anerkennung auszusprechen. — Dass die Sache sich anders verhält, hat man denn auch von jeher empfunden; wenn man sagt, der *m. f. por.* hafte nur für von ihm selbst zu gewinnende Früchte und zwar deshalb, weil mehr ihm nicht zuzumuthen sei, so hat man dabei wohl stets an einen Besitzer gedacht, dem man die Thatsache selbst, dass er besitzt, nicht zum Vorwurf machen mochte, dessen Besitz man vielmehr als einen, wennschon sachlich unberechtigten, so doch unmittelbar persönlich nicht missbilligten betrachtete. Festen Halt und damit Möglichkeit bestimmter Gestaltung gewinnt eine derartige Empfindung von unserem Gesichtspunkte aus. Nimmt jemand eine fremde Sache im Interesse des Eigenthümers in Besitz, so kann letzterem nur zugebilligt werden, was während dieses Besitzes aus der Sache zu ziehen in des Besitzers Kräften steht; der Eigenthümer mag sich freuen, dass er wenigstens so viel und nicht gar nichts erhält; so viel aber auch, wie er vermag, dem Eigenthümer zu leisten, wird sich allerdings, wer völlig redlich die fremde Sache besitzen will, verpflichtet fühlen müssen. Wie bei einer Verletzung der Massstab des zu ersetzenden Schadens von Seiten des Verletzten, nicht des Verletzenden; so ist bei einer Hülfeleistung der Massstab des zu gewährenden Vortheils von Seiten des Helfenden, nicht von Seiten desjenigen, welchem Hülfe geleistet wird, von selbst gegeben; damit gelangen wir zu demjenigen Massstab, welchen das Römische Recht an die Haftung des *m. f. por.* für *fructus percipiendi* anlegt; seine Haftung für *fructus percepti* bedarf keiner besonderen Erklärung.

Durchaus nicht in jeder Hinsicht gleich stehen den *fructus naturales*, von welchen bisher ausschliesslich die Rede war, die *fructus civiles;* von letzteren handelt l. 62 pr. D. h. t. 6, 1. Ich betrachte dieses Fragment als ein für unsere Lehre so wesentliches, dass ich mich nicht entschliessen kann, an ihm eben nur vorüberzustreichen, sondern auf dasselbe trotz der vielen Controversen,

welche zu berühren damit allerdings unvermeidbar wird, etwas näher eingehen möchte. Es lautet:

> Papinianus libro sexto quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur.

Zunächst ist klar und unbestritten, dass der Besitzer der Geldsumme hier ein *malae fidei possessor* ist; denn wie Papinian dazu kommen sollte, einen b. f. por. von Geld mit einem m. f. por. von Schiffen, Scheuern u. dgl. m. zu vergleichen und einem Gegenbeweis vorzubeugen, welchen man aus der Lage des einen für die des anderen zu gewinnen versucht sein könnte, ist unerfindlich.

Sodann wird man daran festhalten müssen, dass diese Stelle[1]) lediglich von der Zeit vor der Litiscontestation handelt; so hat Francke[2]) gegen v. Savigny[3]) schlagend nachgewiesen, nachdem schon Mommsens[4]) Ausführungen die Schwäche der Savigny'schen Auffassung klargelegt hatten, sehr gegen den Willen Mommsens selbst, welcher sich ohne neue Gründe der Autorität v. Savignys anschloss, dabei aber zu solchen Schwierigkeiten gelangte, dass er, lediglich um denselben zu entgehen, die sonst durch nichts gerechtfertigte Annahme zu machen sich genöthigt sah, dass „Papinian bezüglich der Tragung der Gefahr von Seiten des m. f. por. noch nicht so weit ging, wie die späteren Römischen Juristen." Mit Francke's Auftreten nimmt die Sache eine ganz andere Wendung; seinen diesbezüglichen Ausführungen ist wohl kaum etwas entgegenzusetzen, wie sie denn auch vielfach über-

---

[1]) l. 62 § 1 D. eod. dürfte sich dagegen freilich, wie seit Vangerow, I, S. 638 durchweg mit Recht angenommen wird, auf die Zeit *post litem contestatam* beziehen.

[2]) Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandekten-Titel de hereditatis petitione (1864) S. 275.

[3]) v. Savigny, System des Römischen Rechts, VI, S. 151.

[4]) Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 1. Heft (1859), S. 138 fg. und S. 6, Anm. 2.

zeugend gewirkt zu haben scheinen[1]; besonders beweiskräftig ist der Hinweis auf den Umstand, dass unmöglich Papinian die Stellung des m. f. por. eines Schiffes vor der Litiscontestation mit derjenigen des m. f. por. von Geld nach der Litiscontestation verglichen haben kann.[2] Bei dem m. f. por. des Schiffes ist nämlich direct nachweisbar, dass der Zustand vor Litiscontestation ins Auge gefasst ist; denn es heisst, er trage die Gefahr des Schiffes nicht, während doch wohl kaum ein Satz in dieser ganzen Lehre unbestrittener feststehen dürfte[3], als dass der m. f. por. nach der Litiscontestation die Gefahr des Unterganges der Sache zu tragen hat; er geräth eben spätestens mit der Litiscontestation in *moram restituendi* und muss demgemäss nunmehr für *casus* einstehen[4]; während der b. f. por. auch noch nach der Streitbefestigung an sein Recht glauben oder sonstige rechtmässige Ursachen, nicht herauszugeben, haben kann, also auch nicht nothwendig *in moram* geräth und für *casus* nicht einsteht, so dass von ihm l. 16 pr. und § 1 D. eod. tit. zu interpretiren sind.[5] Wird also in Bezug auf

---

[1]) S. die Citate bei Windscheid, I § 124, Note 6 z. E. und III, § 612, Note 25.

[2]) Allenfalls wäre es früher möglich gewesen, anzunehmen, es handle sich um einen *b. f. por.* von Geld nach; und einen *m. f. por.* von Schiffen u. s. f. vor der Litiscontestation, da man früher wohl annahm, der *b. f. por.* nach stehe ganz gleich dem *m. f. por.* vor der Streitbefestigung; seitdem v. Wächter diese schiefe Gleichstellung beseitigt hat (vgl. oben S. 43, Anm. 1), ist auch diese Möglichkeit abgeschnitten.

[3]) v. Savigny, a. a. O., zu Anfang des § 273, Vangerow, III § 588, Anm. 3; Mommsen, Mora (Beiträge zum Obligationenrecht III) S. 78, 79; Windscheid, in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift. III, 259; Kniep, Mora des Schuldners I, 73 fg.; neuerdings Dernburg, Pandekten I, S. 355, Text zu Anm. 12.

[4]) Vgl. besonders l. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3 und l. 15 § 3 D. h. t. 6, 1. Die streitige Unterfrage, ob der Ersatz fordernde Eigenthümer nachzuweisen hat, dass er die Sache verkauft haben würde; oder der *m. f. por.*, um sich zu befreien, dass die Sache auch beim Eigenthümer zu Grunde gegangen sein würde, — ich nehme übrigens mit der herrschenden Meinung, vgl. Windscheid, II, S. 99, Note 15, die letztere Eventualität als richtig an —, kömmt für uns weiter nicht in Betracht.

[5]) Pfersche freilich nennt diese Beschränkung auf den redlichen Besitzer „vollkommen willkürlich“ und meint, sie könne nicht gerechtfertigt werden, wennschon sie bestimmt sei, den „scheinbaren“ Widerspruch gegen l. 40 pr. cit. zu heben (S. 217/218); aber abgesehen davon, dass doch viel dafür sprechen dürfte, eine ganz unbestimmt lautende Stelle so auszulegen,

das Schiff und deshalb weiter überhaupt in l. 62 pr. von der Epoche vor der Litiscontestation gehandelt, so ist dagegen auch nicht etwa ein Einwurf herzuleiten aus l. 20 § 14 D. de her. pet. 5,3 (Ulpianus):

> Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum.

Denn auch diese Stelle bezieht sich lediglich auf die Zeit vor der *litiscontestatio,* resp. genauer gesagt vor *petita hereditas;* einer derartigen Beschränkung setzt das Fragment wenigstens zunächst, allein für sich betrachtet, keinerlei Hinderniss entgegen; dass sie vorgenommen werden muss, ergiebt dann der Zusammenhang der ganzen l. 20 cit., welche nach § 14 cit. fortfährt:

> l. 20 § 15: Redactae, inquit, pecuniae ex pretio rerum venditarum: redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, verum et si exigi potuit nec exacta est. — § 16. Quid si post petitam hereditatem rem distraxerit? etc.

Ulpian scheidet also bewusstermassen zwischen der Zeit *ante* und *post petitam hereditatem;* auf letztere geht er über erst in § 16; von der Lage *ante petitam hereditatem* handelt zweifellos § 15 und mit ihm auch der unmittelbar vorangehende fragliche § 14: so dass derselbe die Francke'sche Auffassung von l. 62 pr. sogar geradezu bestätigt. — Eine weitere Stütze findet diese Auffassung schliesslich darin, dass, wenn l. 62 pr. die Zeit *post litem contestatam* berührte, ihre ausdrückliche Beschränkung auf den *m. f. por.* ganz überflüssig wäre, da nach der Streitbefestigung ein jeder *por.* für *fructus percipiendi* haftet; freilich kann dieses von Hartmann[1]) vorgebrachte

---

dass Widersprüche gegen andere bestimmt redende ausgeschlossen werden, enthält auch l. 16 selbst in ihrem *principium* einen Hinweis darauf, dass ein *b. f. por.* vorausgesetzt ist, indem sie annimmt, dass es über die Hauptsache selbst nicht mehr zum Urtheil kommen könne, als einzige Ursache aber, aus welcher man glauben könnte, der Beklagte sei in den Werth des gestorbenen Sklaven zu verurtheilen, dessen Einstehen für *fatum* ansieht und zurückweist; der *m. f. por.* könnte doch gelegentlich noch als *dolo desinens possidere* verurtheilt werden.

[1]) Hartmann, K. VJSchrift XI, S. 508, in seiner Besprechung von Göppert, Organische Erzeugnisse, gegen letzteren, welcher sich (a. a. O., S. 136, Note 85 z. E.) ohne neue Beweisgründe v. Savigny und Mommsen angeschlossen hatte.

Argument für sich allein trotz seiner vollständigen Richtigkeit[1]) absolute Beweiskraft deshalb nicht in Anspruch nehmen, weil immerhin die Einschränkung auf den *m. f. por.* in Papinians Zusammenhang noch irgend einen andern, uns nicht mehr erkennbaren Grund möglicherweise gehabt haben mag; nehmen wir es aber zu dem Francke'schen Beweise hinzu, so ergeben sie verbunden wohl unwiderleglich für die weitere Deutung von l. 62 pr. den festen Ausgangspunkt, dass sie sich bezieht auf einen *m. f. por. ante litem contestatam,* resp., wenn es sich um *m. f. pio. hereditatis* handeln sollte, *ante petitam hereditatem.*

Ferner nehmen nun alle Interpreten von der Glosse bis auf v. Savigny[2]), dieser selbst ebensowohl wie Francke und mit diesen beiden die Modernen an, dass „*heres*“ hier bloss ein incorrekter Ausdruck für den *m. f. por. hereditatis* sei; und die neueren Ausleger wenigstens sind dann, im Anschlusse daran, mit Cuias schliesslich dahin einig[3]), dass auch der Ausdruck *pecunia*

[1]) Vergebens greift diese an Pfersche, a. a. O., S. 216/217 mit folgenden zwei Widerlegungs-Versuchen:

Die Stelle sei „aus Papinians Quaestiones, in welchen die zu besprechende Frage wohl nicht frei gewählt, sondern durch die praktischen Fälle gegeben sein dürfte“. Allerdings; aber in der schriftstellerischen Redaktion war doch wohl nachher Papinian frei; er konnte und musste dann einfach solche Eigenthümlichkeiten des Falles, welche zur Entscheidung nichts beitrugen, weglassen; sonst wären die Werke dieses grössten aller Juristen nicht mit anderem Massstabe zu messen, als allenfalls späteste Produkte der kaiserlichen Kanzlei im Codex. — Vgl. über das Wesen solcher Quaestiones im allgemeinen noch Buhl, Salvius Julianus, S. 72. —

Sodann stehe es „gar nicht so fest, dass nach Streitbeginn alle Besitzer ganz gleich behandelt werden. In Bezug auf die Tragung der Gefahr bestehen heute differirende Ansichten, bestanden solche gewiss unter den Römischen Juristen“. Allerdings; aber doch wohl nicht in Bezug gerade auf den hier entscheidenden Sonder-Punkt, dass *m.* wie *b. f. por.* nach Litiscontestatio für *fructus percipiendi* haften. Wenn sich übrigens Pfersche für die Annahme, es beständen hier Controversen unter den Römischen Juristen, auf Mommsen, Erörterungen I, S. 140, Note 5 beruft, so ist dies eine *petitio principii*; denn Mommsen selbst ist zu seiner Anschauung eines Gegensatzes zwischen Papinian und den Späteren lediglich deshalb gelangt, weil er über die v. Savigny'sche Deutung der l. 62 pr. nicht hinwegkommt, s. oben S. 90 Text zu Anm. 4.

[2]) So versichert wenigstens Francke, a. a. O., S. 273 oben; ich habe die Behauptung nicht nachgeprüft.

[3]) Wenn v. Savigny (Glück nachfolgend) dieser Ansicht noch speciell die Wendung gibt, dass er unter *pecunia deposita vel reposita vel*

deposita nicht technisch zu nehmen, das Geld nicht etwa von einem Dritten deponirtes und von diesem zurückzuforderndes, sondern dass es zur Erbschaft gehöriges, in der Erbschaft lagerndes und von dem Erben als sein eigenes [1]) dem *m. f. por. hereditatis* in der Erbschaftsklage abverlangtes sei; *deposita* stehe hier für *reposita* oder *seposita*. Unser Fragment würde demnach handeln von der *hereditalis petitio*, gerichtet von dem wahren Erben gegen einen bösgläubigen Erbschaftsbesitzer; verneinen würde es die Frage, ob der letztere in Bezug auf die Zeit *ante petitam hereditatem* wegen nicht gezogener Zinsen aus in der Erbschaft vorgefundenen Kapitalien [2]) haftet; bejahen die Frage, ob derselbe in Bezug auf dieselbe Zeit haftet wegen nicht gemachten Gewinnes, welchen er hätte aus in der Erbschaft vorgefundenen Schiffen, indem er sie auf Reisen schickte, oder aus in der Erbschaft vorgefundenen Immobilien, indem er sie verpachtete oder vermiethete, ziehen können.

Es soll nun nicht unterlassen werden zu bemerken, dass wir auch diese Auffassung der Stelle sehr wohl zu unseren Zwecken verwerthen könnten. Es wäre leicht auszuführen, eine wie schonende Rücksicht auf den Beklagten hier zu Grunde liegt, eine Rücksicht, welche einem „*praedo*“ gegenüber ordentlich rührend wäre; wie müsste es doch auffallen, wenn der aus dem Gesichtspunkte des beklagtischen Unrechts schadenersatzberechtigte Kläger um die Zinsen, welche er in der Zwischenzeit hätte ziehen können, bloss deshalb käme, weil man dem *praedo* die Gefahr des Kapitals zu tragen nicht zutraute [3]); es bedürfte dann nur noch eines Analogie-

---

seposita nur eine vom Verstorbenen zur baren Aufbewahrung als Nothpfennig bestimmte, nicht schon jede in der Erbschaft lagernde bare Geldsumme versteht, so kann die Frage, ob diese engere oder die hauptsächlich von Francke (S. 273/274) vertretene weitere Deutung die richtigere, nur entstehen, falls man im allgemeinen die beiden gemeinsame Grundlage annehmen will. Für v. Savigny hat die Einschränkung auf den Nothpfennig wesentlich den Vortheil, dass sie ihm gestattet, der Anomalie, welche nach ihm unser Fragment statuirt, der Befreiung nämlich des *m. f. por. post litem contestatam*, auf welchen er es bezieht, von Zinsen, ein möglichst geringes Geltungsgebiet zuzuweisen.

[1]) Nicht etwa als bloss fremdes, zu der Erbschaft als *depositum* im technischen Sinne gehöriges, wie nach l. 19 pr. D. h. t. 5, 3 auch angenommen werden könnte.

[2]) Bestimmter Art, v. Savigny; jeder Art, Francke.

[3]) Deshalb möchte ich auch l. 20 § 14 D. cit. lieber bloss vom *b. f. por.*

Schlusses von der Universal- auf die Singular-Klage und wir ständen am Ziele. Diese letzte, stets etwas bedenkliche Uebertragung aber meine ich mir durch eine anderweitige Deutung der l. 62 pr. cit. ersparen zu können.

Die herrschende Auslegung nimmt die Wörter *heres* und *deposita* in mindestens untechnischem Sinne. Für *deposita* beruft sie sich dabei auf folgende Analogien:

l. 79 § 1 D. de leg. III.: . . nummos ibi repositos ut mutui darentur . . . . quos praesidii causa repositos habet.

l. 13 § 1 D. de usuris 22,1. Quaesitum est, an . . . pro pecunia otiosa usuras praestare debeat . . . respondit si eam pecuniam positam habuisset. . . .

l. 6 § 1 D. de pign. actione 13,7 (Pomponius). Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus. sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.

l. 7 eodem (Paulus). Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

Von diesen vier Stellen kommen nur die beiden letzten ernsthaft in Betracht; denn dass *ponere* und *reponere* auf Seite legen, hinlegen bedeuten, und dass die Römer Geld bisweilen wirklich so hinlegten, sind Dinge, welche wir auch ohne Pandektenstellen gerne zu glauben geneigt sind; zu beweisen ist, dass *deponere* auch, und zwar von Juristen, im Sinne von *ponere* und *reponere* gebraucht werden kann. Einen solchen Gebrauch findet es nun allerdings in l. 6 § 1, l. 7 cit.; aber doch unter Umständen, welche jede Verwechslung ausschliessen. Wenn sich aber Pomponius und Paulus diese Freiheit da gestatten, wo niemand auf die Idee kommen kann, es handle sich um ein technisches Depositum; wie kann man daraus schliessen, Papinian werde in unserer Stelle, in welcher die Gefahr einer Verwechslung auf der Hand liegt, sich einer solchen muthwillig ausgesetzt haben, während ihm doch die klaren und nicht misszudeutenden Worte

---

verstanden wissen; womit dann jede Schwierigkeit wegfiele; l. 20 § 13 eod. handelt ausdrücklich vom *b. f. por.*

ponere, reponere, seponere ebenso nahe lagen? Er hätte sich damit mindestens einer hässlichen Ineleganz schuldig gemacht.

Eine vielleicht noch schlimmere Incorrektheit wäre aber die Verwendung von *heres* statt *possessor hereditatis*. Dass auch dieser Sprachgebrauch in den Quellen vorkommt, soll allerdings wieder nicht geleugnet werden; aber auch er ist doch wohl nur da zulässig, wo sich irgendwie sonst ergiebt, von wem die Rede sein soll; wenigstens wird, wo dies nicht der Fall, die wörtliche Bedeutung stets den Vorrang behaupten. Dies dürfte als gesunde Interpretations-Regel allgemein gelten; und so wäre man denn auch hier kaum so ohne weiteres bereit gewesen, eine mangelhafte Ausdrucksweise anzunehmen, hätte man nicht einen Anhalt dafür zu finden geglaubt in der schon mehrfach citirten, oben abgedruckten l. 20 § 14 D. de her. pet. 5,3. In derselben bespricht derselbe Papinian eine ähnliche Frage für den *possessor hereditatis* mit fast denselben Worten; und diese l. 20 § 14 ist allerdings zweifellos genau in dem Sinne, welchen man l. 62 pr. meist unterlegt[1]), zu interpretiren, denn in ihr heisst der Beklagte ausdrücklich *possessor hereditatis* und das Geld *pecunia in hereditate inventa*. Folgt nun daraus, dass unsere l. 62 pr. genau von demselben Falle handeln müsse? Mir scheint sogar das Gegentheil sich eher zu ergeben; denn warum hätte Papinian, der doch offenbar selbst, — so viel beweist die Aehnlichkeit der Wendungen in beiden Sätzen — als er die zu l. 62 pr. gewordene Stelle schrieb, an seine uns durch Ulpians Vermittelung als l. 20 § 14 cit. erhaltene frühere Aeusserung gedacht hat, nunmehr zwei andere und so viel weniger passende Ausdrücke gebraucht? Das liesse sich allenfalls erklären, wenn er in demselben Zuge, derselben Abhandlung fortschreibend zuerst die uns als l. 20 § 14 bekannte genauere Darstellung der Sachlage gegeben hätte, dann aber in weiterem Zusammenhange nur noch eben einmal die übrigens schon sattsam bekannten thatsächlichen Verhältnisse des Falles erwähnen wollte; in einer solchen Lage sucht man wohl, um nicht stylistisch unangenehm zu ermüden, sich neuerer Wendungen zu bedienen, und legt dann, da man beim Leser bereits eine gewisse Kenntniss dessen, was man meint, voraussetzt, weniger Werth auf Klarheit und Correktheit dieser

---

[1]) Abgesehen davon, dass in l. 20 § 14 wohl *bona*; in l. 62 pr. *mala fides* vorliegt, vgl. oben S. 94, Anm. 3.



neuen Wendungen. Nun aber stammt l. 20 § 14, wie Ulpian ausdrücklich berichtet, aus dem 3. Buche von Papiniani Quaestiones, während l. 62 pr. sich für dem 6. Buche entnommen erklärt; damit fallen alle Rücksichten stylistischer Natur hinweg; auch durfte Papinian unmöglich mehr, nachdem drei volle Bücher dazwischen lagen, annehmen, der Leser wisse noch genugsam, was er meine, um genauer Angaben entrathen zu können; nichts war ihm leichter, als genaue Angaben zu liefern, da er sich dazu bloss an seine früheren Worte, welche ihm ja vorlagen, zu halten hatte; sollen wir ihm wirklich zumuthen, dass er dieselben absichtlich, an zwei Punkten, in einer durchaus verschlechternden und mindestens zunächst irreführenden Weise abgeändert hätte — falls er nicht eben auch durch diese Aenderungen einen neuen Fall darstellen wollte?

Ueber diese Schwierigkeiten sich hinwegzusetzen hätte man nur dann die Berechtigung, wenn man sich einen solchen neuen, dem Wortsinne entsprechenden Fall nicht zu construiren vermöchte; dann müsste man schliesslich die Unannehmlichkeiten des lässigen Ausdruckes, der blossen Wiederholung eines schon anderweitig besser Gesagten, der zweimaligen Aufnahme ganz derselben Regel in die Pandekten mit in den Kauf nehmen; aber mir scheint all dies gar nicht nothwendig.

Jeder, welcher unbefangen unser Fragment zuerst liest, wird annehmen, der *heres* sei ein wirklicher Erbe und die *pecunia deposita* ein wirkliches *depositum*. Der Erbe findet in der ihm zufallenden Erbschaft eine bei dem Erblasser deponirte Summe vor, deren Eigenschaft als solche ihm, sei es aus früheren mündlichen Mittheilungen des Erblassers, sei es aus dessen Büchern u. s. f., bekannt ist; er ergreift von dieser Summe, ohne sie jedoch zu berühren, Besitz, wobei man sich das *corpus* leicht hergestellt denken kann als mitgewonnen durch Besitzergreifung an der Kasse, dem Schranke, dem Hause des Erblassers, in welchem die Summe lagert; Frage: macht er sich durch diese Besitzergreifung für Zahlung von Zinsen verantwortlich?

Die Möglichkeit einer derartigen Erklärung deutet schon v. Savigny[1]) an; nur denkt er an die *actio depositi* gegen den

[1]) v. Savigny, a. a. O., S. 152, Note h.; dagegen beruft er sich, ausser auf das sofort im Text zu besprechende Argument, auf die schon gewürdigte Aehnlichkeit mit l. 20 § 14 cit.

Erben, während uns die Stellung in Justinians Sammlung darauf hinweist, dass es die *rei vindicatio* ist, deren sich der Deponent bedient, um die ja noch unberührt daliegende, also ihm gehörige und vindicirbare Summe herauszubekommen. An die *rei vindicatio* kann aber auch schon Papinian, wenn überhaupt an eine Singularklage, einzig gedacht haben; zunächst heisst es von der Klage wegen des Schiffes ausdrücklich, sie sei eine petitorische, und eine solche mit der *actio depositi* auf Herausgabe von Geld zu vergleichen, dürfte doch kaum die Absicht sein; dann aber ergiebt sich dasselbe Resultat auch aus andern Umständen, wenn man selbst das Wort „*petatur*" nicht so scharf nehmen wollte. Pflegt doch von *m. f. pio.*, *fructus aestimandi* u. s. f. eher bei dinglichen als bei persönlichen Klagen die Rede zu sein; und sind doch weiter *navis, taberna, area* Gegenstände, welche wohl kaum je deponirt werden, für welche also die *actio depositi* undenkbar ist; handelt es sich bei ihnen um die *rei vindicatio*, so wird es sich wohl auch bei der Geldsumme um die Vindikation handeln. Da nun überdies Papinian im sechsten Buche seiner *Quaestiones* durchweg von petitorischen Klagen *(rei singularis* und *hereditatis vindicatio)* gesprochen zu haben scheint [1]), so ist wohl anzunehmen, dass, indem die Compilatoren unser Fragment in den Titel *de rei vindicatione* stellten, sie völlig im Sinne Papinians verfahren sind. Uebrigens verschlägt es v. Savigny wenig, ob *actio depositi* oder *specialis in rem;* gegen beide richtet sich sein Einwand, durch eine Singularklage lasse sich die Stelle nicht erklären, weil man sonst zwei Voraussetzungen in sie hineintragen müsse: dass nämlich weder der Erblasser noch der Erbe schon *in moram* versetzt seien. Dass man dies allerdings annehmen muss, ist klar; dass es aber besondere Schwierigkeiten böte, dies anzunehmen, dass bei dieser Annahme davon die Rede sein könnte, man trage etwas in die Stelle hinein, vermag ich nicht einzusehen. Die Stelle redet eben nicht von einem morosen Schuldner, sondern von dem Schuldner vor der *mora;* gerade umgekehrt würde es wohl natürlich sein, wenn man von einem morosen Schuldner handeln wollte, auf diese seine erschwerte Lage ausdrücklich hinzuweisen; stellt man Betrachtungen über die Lage des De-

[1]) So schon Cuias, Commentarius in Papiniani Quaestiones, in librum VI., initio: „Liber sextus erit de generali petitione hereditatis et de speciali in rem actione".

positars schlechtweg an, so denkt man offenbar zunächst an den nicht morosen. Wollte Papinian davon reden, wie der Verzug die Zinsverbindlichkeit beeinflusst, so hatte er dessen Vorhandensein hervorzuheben; will Papinian von der Zinsverbindlichkeit ohne Einwirkung des Verzugs reden, so braucht er uns nicht von dessen Abwesenheit zu unterrichten; indem wir Nicht-Vorhandensein der *mora* annehmen, tragen wir nicht etwas in die Stelle hinein, was nicht in ihr stände, sondern bemerken, dass etwas nicht in ihr enthalten ist, was nicht in ihr steht. Gerade in l. 62 pr. aber war es um so weniger erforderlich, ausdrücklich den Verzug auszuschliessen, als bei Vorhandensein desselben alle hier behandelten Punkte ohne weiteres klar, alle aufgeworfenen Fragen durch die Lehre von Verzug sofort beantwortet wären; schon darin, dass überhaupt die Sachlage als eine zweifelhafte dargestellt wird, ist genügend erkennbar, dass es sich um einen Fall ohne *mora* handelt, wie denn ein solcher sich sehr leicht denken lässt, indem man nur anzunehmen braucht, der Deponent habe sein Depositum bis jetzt noch nicht, weder vom Erblasser noch vom Erben, zurückgefordert.

Hierin vermag ich also gar kein Hinderniss anzuerkennen; aber auch wenn wir weiter zusehen, so erklären sich von der hiermit vorgeschlagenen Deutung aus alle Einzelheiten des Fragments aufs beste. So liegt die Frage nahe, warum dasselbe denn, statt vom Depositar selbst zu sprechen, dessen Erben einführe. Redete es vom Depositar selbst, so wäre ein Doppeltes möglich: derselbe wäre nach wie vor redlicher Depositar, dann käme bloss die Trivialität heraus, dass der Depositar dem Deponenten keine Zinsen für das bei ihm deponirte Geld schuldet; oder aber der Depositar hätte unterschlagen, dann würde er zweifellos vom Augenblicke der Unterschlagung ab Zinsen schulden. Vielmehr hat hier das Depositum ruhig beim Erblasser bis zu dessen Tode gelegen, der Erbe findet es vor, und ergreift nun, um die Eigenschaft des Geldes als hinterlegten wissend, — denn sonst würde er nicht *m. f. por.*, während die Stelle von einem solchen handelt, — Besitz von der Summe. Unterschlägt nun nicht er? Diese Möglichkeit, mit welcher wiederum von selbst Zinsen zu laufen anfangen würden, schliesst der Zusatz aus *quam non attingit;* nach diesem Zusatze mangelt zu einem *furtum* des Erben an der hinterlegten Summe vielleicht schon das erste positiv-äusserliche Er-

forderniss, die *contrectatio;* sollte man aber der Ansicht sein, eine solche *contrectatio* schon in der blossen Besitzergreifung selbst, ohne Berührung, finden zu müssen, so kömmt ferner in Betracht, dass nach diesem Zusatz auch das weitere innerliche Diebstahls-Erforderniss mangelt, der *animus lucri faciendi* nämlich: denn wenn der Erbe sich die Summe ökonomisch aneignen wollte, so würde er sie sicherlich wegnehmen, gebrauchen, mit seinem Gelde vermischen, zinsbar anlegen, kurz irgendwie über sie verfügen, und zwar um so mehr, als er wissen wird, dass bei der eigenthümlichen Natur des Geldes, so lange dasselbe unberührt daliegt, dem Eigenthümer die Rückforderung eine wesentlich leichtere ist.

Wie scharf und klar greifen nunmehr die verschiedenen Ausdrücke von l. 62 pr. ineinander. Wie sehr entspricht der Idee, welche wir uns von Papinians Darstellungskunst zu machen haben, die Feinheit, welche darin liegt, wenn er einerseits durch Aenderung bloss der zwei in l. 20 § 14 cit. gebrauchten Ausdrücke *possessor hereditatis* und *pecunia in hereditate inventa* in die andern Ausdrücke *heres* und *pecunia deposita* einen ganz neuen Fall, wie er ihn gerade für l. 62 pr. haben wollte, gewinnt, andererseits durch Beibehaltung der übrigen Wendungen die immer noch verbleibende Analogie zwischen den beiden Stellen auch äusserlich hervortreten lässt! Wie ist jedes Wort so passend und bedeutungsvoll, keines zu viel und keines zu wenig, ein jedes in seinem natürlichen Sinne angewendet! Wir haben als den Beklagten den Erben des Depositars, nicht diesen selbst; geklagt wird mit der *rei vindicatio* auf Herausgabe des in der Erbschaft noch unberührt ruhenden Depositum; Dieb ist der Erbe nicht, dazu mangeln vielleicht *contrectatio*, jedenfalls *animus lucri faciendi;* in *mora* ist er auch nicht; haftet er nun deshalb, weil er, statt die Summe weiter als blosser Depositar zu detiniren, Besitz von ihr ergriffen hat, auf Zinsen? Die Antwort lässt sich ersichtlich nur aus dem Wesen der *m. f. pio.* heraus gewinnen. Wäre dieselbe ein wesentlich unredliches, dem Diebstahl gleichstehendes oder selbst nur nahekommendes Verhältniss; wäre unser Erbe bloss deshalb nicht *fur,* weil etwa geschickt die Contrektation zu umgehen ihm gelungen wäre, so wäre nicht abzusehen, warum ihm nicht Zinsen aufgelastet werden sollten. Nun aber brauchen wir dies durchaus nicht anzunehmen; die Lage ist vielmehr eine solche, dass man gar nicht so ohne weiteres wissen kann, in

welchem Sinne der Erbe gehandelt hat: vielleicht allerdings in geradezu unredlichem; vielleicht in schielend-redlichem, mit jener praktisch häufigen Intention, wenn ihm die Summe werde abgefordert werden, sie herauszugeben, womöglich aber sie zu behalten; vielleicht aber auch in vollständig redlichem Sinne. Gehört doch seine Lage zu denjenigen, welche wir schon gelegentlich früherer casuistischer Betrachtungen als derjenigen des redlichen Finders ähnliche zu erwähnen hatten; so lange der Erblasser inne hatte, besass durch diesen der Deponent; dieser Besitz mag sogar noch eine Zeit lang nach dem Tode des Depositars fortbestanden haben[1]); erlangt nun aber der Erbe die Inhabung, ohne dass er und der Deponent gegenseitig von einander wissen, wie das sehr leicht eintreten kann, so geht sicher der bisherige Besitz des Deponenten unter; es kann aber auch derselbe nicht etwa durch Vermittelung des noch so sehr dazu bereiten Erben neuen Besitz erwerben, denn wennschon der Erbe nun den Willen hätte, für den Deponenten zu detiniren, so fehlt doch zwischen ihnen die nöthige Verbindung. Legt sich der Erbe von diesen Verhältnissen Rechenschaft ab, so wird er im Interesse des Deponenten, dessen Sache sonst besitzlos wird, handeln, wenn er statt der blossen Detention Besitz ergreift, er ist dann also ein völlig redlicher Besitzer mit *scientia rei alienae,* nach meiner Anschauung ein *m. f. por.* Eben diese Anschauung findet nun ihre Bestätigung in der Antwort, welche Papinian auf die gestellte Frage gibt. Nur wenn man annimmt, dass der *m. f. por.*, von welchem l. 62 pr. ja zweifellos handelt, zwischen Unredlichkeit und Redlichkeit hin- und herschwanken, dabei aber die vollständige Redlichkeit erreichen kann; und wenn man dann noch hinzunimmt, dass in solchem Zweifel ihm die Möglichkeit der Redlichkeit zu Gute kommen muss; nur dann kann man die weitgehende Rücksicht, welche Papinian ihm widerfahren lässt, begreifen, nur dann sich erklären, warum Papinian ihn von der sonst ihn treffenden Verpflichtung für *fructus percipiendi* hier deshalb befreit, weil er behufs Gewinnung solcher Früchte hier die Gefahr für die Sache selbst übernehmen müsste. Um diesen letzten Punkt verhält es sich näher betrachtet so: thut der *m. f. por.* einen Laden, eine Scheuer, ein Schiff aus, welche zu solchem Austhun

---

[1]) l. 40 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2.

bestimmt sind [1]), so übernimmt er damit nicht die Gefahr für dieselben; es kann ihm also sie auszuthun zugemuthet werden; unterlässt er es, so steht er für den dadurch entgangenen Gewinn ein. Dasselbe würde für die Geldsumme gelten, wenn dieselbe eine zum Austhun bestimmte wäre; dass sie aber dazu nicht bestimmt ist, ergibt sich aus dem Umstande, dass sie beim Erblasser deponirt war, bei ihm also zinslos zu lagern bestimmt ist; thäte nun diese der *m. f. por.* aus, so müsste er die Gefahr für sie übernehmen [2]), dies kann ihm nicht zugemuthet werden; deshalb haftet er auch nicht wegen Zinsen. Erst hiermit liegt die ganze Stelle klar und in sich abgeschlossen vor uns; nur vom Standpunkte der eventuellen Redlichkeit des *m. f. por.* aus konnte Papinian zu solch schonender Behandlung desselben gelangen; nur von diesem Standpunkte aus wird die ganze Struktur der Stelle ohne ihr Gewalt anzuthun oder ihre Ausdrücke incorrekt zu verstehen, verständlich; ja, es dürfte nicht zu weit gegangen sein, einen Hinweis auf die gerade in diesem besonderen Falle besonders zu betonende, besonders naheliegende und deshalb wohl auch von Papinian bewusst ins Auge gefasste Möglichkeit vollständiger Redlichkeit dieses Erben und *m. f. por.* zu finden in den Worten *quam non attingit,* deren Bedeutung erst durch diese Annahme mir völlig erschöpft zu sein scheint.

d) Der *m. f. por.* kann für von ihm auf die Sache verwandte *impensae necessariae* Ersatz auf dem Wege der Retention fordern [3]); für *impensae utiles* hat er ein *ius tollendi* [4]); dass er ein solches auch für *impensae voluptariae* habe, findet sich zwar nirgendwo ausdrücklich anerkannt, ist aber doch nicht ganz unwahrscheinlich. [5])

---

[1]) So bezüglich *taberna* und *area* l. 62 pr. cit. ausdrücklich; dafür aber, dass es auch vom Schiff so gemeint und speciell noch so aufzufassen ist, dass bloss die *vectura* derjenigen Zeit in Betracht kommen kann, während welcher Schifffahrt betrieben zu werden pflegt, dafür vgl. l. 36 § 1 D. h. t. 6,1 und l. 3 § 3 C. de naufragiis 11, 6.

[2]) Nach Analogie des *negotiorum gestor,* welcher gegen die Bestimmung oder gegen die Art und Weise des Geschäftsherrn thätig geworden ist; oder auch, wenn der Erbe wirklich ehrlich ist, geradezu als ein solcher *negotiorum gestor:* l. 10 D. de negotiis gestis 3, 5.

[3]) l. 5 C. h. t. 3, 32; l. 1 C. de inf. exp. 8, 51.

[4]) l. 5 C. cit.

[5]) arg. l. 9 D. de impensis in res dotales factas 25, 1: der Mann, welcher

Dass hiermit selbst dem redlichen *m. f. por.* alles gewährt ist, was derselbe beanspruchen kann, ist klar. Für nothwendige Auslagen hat er volle Ersatz-Sicherheit, soweit sie den Werth der Sache nicht übersteigen, weiter durfte er aber auch im Interesse des Eigenthümers nicht gehen; andere als nothwendige Auslagen hatte er gar nicht zu machen, kann also schon zufrieden sein mit dem ihm für die übrigen eingeräumten *ius tollendi*.

Dem Diebe und denjenigen, welche ihm gleichstehen, ist bekanntlich jede Art des Ersatzes für irgendwelche Ausgaben entzogen. Dass dem *m. f. por.* dem gegenüber Ersatz für *impensae necessariae* gewährt ist, liesse sich selbst von der Grundlage der Unredlichkeit aus begreifen; denn der Schuldgrad wäre doch ein geringerer und es käme zugleich in Betracht die Rücksicht, dass der *m. f. por.* auf diese Weise im Interesse des Eigenthümers bewogen werden soll, *impensae necessariae* aufzuwenden und so die Sache zu erhalten. Wenn aber ferner auch dem *m. f. por.* mindestens für *impensae utiles* das *ius tollendi* zusteht: so ist dies wieder eine Erscheinung, welche, vom Standpunkt der absoluten Unredlichkeit eines jeden *m. f. por.* aus unerklärlich, erst von unserer Auffassung aus betrachtet Berechtigung gewinnt. So erweisen sich auch nach dieser Seite die Regeln der *m. f. pio.* als solche, welche auf den redlichen *por.* zutreffen und nur von der Annahme aus, dass es einen redlichen *m. f. por.* gibt, ihre Erklärung finden.

5) Durch die bisherigen Betrachtungen glaube ich den Beweis für die zu Anfang dieses Abschnittes aufgestellte Behauptung erbracht zu haben. Jedoch erübrigt mir noch, mich mit Einer Stelle auseinanderzusetzen, welche schwer gegen mich ins Gewicht zu fallen scheint. Ich meine

> l. 12 § 1 D. de furtis 47, 2: Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.

---

auf dotale Sachen *impensas voluptarias* macht, weiss, dass er dieselben dereinst wieder herausgeben muss; nach dieser Analogie zwischen ihm und dem *m. f. por.* wird das *ius tollendi* des ersteren vielleicht auch letzterem zu geben sein.

Hier wird allerdings zunächst eine Behandlung dem *m. f. por.* angethan, welche auf eventuelle Ehrlichkeit desselben durchaus keine Rücksicht zu nehmen scheint; und sodann sogar noch ausdrücklich betont, dass es sich bei ihm um *improbitas* handle.

Nun soll gleich vorausgeschickt werden, dass es nicht einmal undenkbar wäre, wenn in einem einzelnen Falle im Rechte die Rücksicht auf die natürlich praktisch sehr seltenen Fälle der redlichen *m. f. pio.* wirklich ausser Augen gelassen, und dann gerade auch in diesem Falle von den Juristen der *m. f. por.* ohne weiteres, unter Vernachlässigung der wenigen Ausnahmen, als *improbus* bezeichnet würde; selbst wenn sich dem in unserem Fragment ganz so verhielte, würde doch wohl Niemand, welcher die vorstehenden Argumente treffend findet und würdigt, sich durch diesen Einen Umstand bewegen lassen, mit unserer ganzen Auffassung zu brechen. Es wäre dann also etwa die hier Platz greifende Behandlung der *m. f. pio.* durch die Bezugnahme auf das, was *et frequenter et facile* geschieht, zu rechtfertigen.

Betrachten wir jedoch, ehe wir zu solchen äussersten Hülfsmitteln unsere Zuflucht nehmen, das Fragment etwas näher, so ist noch etwas an ihm, was uns im höchsten Mass auffallen muss. Da heisst es nämlich vom *m. f. por.*, derselbe könnte die *actio furti* sehr wohl für sich gebrauchen, an Interesse mangele es nicht bei ihm, denn die Sache sei *periculo eius.* Ist dies nicht eine eigenthümliche Begründung? Dass für die besessene Sache vor der Litiscontestatio — und dass von der Zeit nach derselben die Rede wäre, ist durch nichts angedeutet, so dass ich, so bequem es mir auch wäre, es doch nicht hineinzutragen wage — der *m. f. por.* die Gefahr zu tragen hätte, ist eine uns ganz neue und eigenartige Behauptung; wenn es sich noch um die Frage handelte, ob dem *m. f. por.* gegen Beschädigende die *actio legis Aquiliae* zu geben sei, so würde man diese Wendung begreifen, denn wegen Beschädigung der Sache, auch durch Dritte, trägt allerdings der *m. f. por.* die Haftung wenigstens bis zur Höhe seiner *culpa levis;* für Abhandenkommen der Sache selbst, und um dieses handelt es sich doch hier beim *furtum,* steht aber bekanntlich der *m. f. por.* nicht einmal wegen *culpa levis,* sondern bloss wegen *dolus* und der diesem nebengeordneten *culpa lata* ein. Daher würde für die *actio furti* des *m. f. por.* genau die Ueberlegung anwendbar sein, welche in Bezug auf dieselbe Klage

für den Depositar l. 14 § 3, 4 D. eod. tit. 47, 2 anstellen. Da heisst es:

(Ulpianus): § 3. Is autem, apud quem res deposita est, videamus an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem. — § 4. Julianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit, qui eam contrectavit.

Diese ganze Darstellung lässt sich ohne weiteres auf den *m. f. por.* anwenden; entweder derselbe verfährt ehrlich mit der Sache, denn haftet er bloss wegen *dolus*, kömmt sie ihm dann also ohne seinen *dolus* abhanden, so hat er gar kein Interesse, um dessentwillen er klagen könnte [1]; oder aber er verfährt unredlich, lässt dabei einen Dritten die Sache stehlen oder wird erst bestohlen, nachdem er selbst sie unterschlagen hat — bloss an diese letztere Möglichkeit scheint Julian gedacht zu haben —, so hat er jetzt allerdings ein Interesse, denn die Sache steht jetzt allerdings *periculo suo,* aber nun greift die allgemeine Regel ein, nach welcher nur (l. 11 D. h. t., Paulus) *tum is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta causa interest.* Ganz anders dagegen steht der *b. f. por.* da, dieser hat stets schon um der Früchte willen ein Interesse an seinem Besitz; er hat auch *honesta causa;* demgemäss muss ihm die *actio furti* zugestanden werden. So führt diese Betrachtung, bei welcher wir von unserm Standpunkte in Bezug auf den *m. f. por.* und seine denkbare Redlichkeit ausgegangen sind, genau zu dem in l. 12 § 1 cit. von Ulpian vorgetragenen Ergebniss. Der *b. f. por.* hat stets, der *m. f. por.* nie die *actio furti;* demnach ist die gesetzliche Regel selbst, welche uns Ulpian mittheilt, für uns schon keine Ausnahme mehr; es käme nur noch die Ulpian'sche Begründung in Betracht.

Diese sagt allerdings geradezu, der *m. f. por.* habe deshalb

[1]) Dasselbe gilt auch noch von demjenigen, qui negotiis alienis gerendis se obtulit, l. 54 § 3 D. tit. 47, 2.



keine *actio furti,* weil er *improbus* sei, und scheint dies als den in allen Fällen durchschlagenden Grund der Versagung der *actio furti* aufzustellen; jedoch sind wir nach bekannten Interpretations-Grundsätzen wohl berechtigt anzunehmen, dass thatsächlich nach Ulpians Meinung dieser Grund sich bloss auf den Fall beziehen soll, auf welchen auch das vorhergehende *„quippe cum res periculo eius sit“* passt; dies ist aber eben derjenige Fall, in welchem der *m. f. por.* dolos mit der Sache verfahren ist; nur derjenige *m. f. por.,* welcher so mit der Sache verfahren ist, trägt ihr *periculum;* gerade einem solchen versagt demnach hier Ulpian *propter improbitatem* die *actio furti.* Dabei ist noch zu bedenken, dass es sich um eine Stelle desselben Ulpian und zwar aus demselben 29. Buche *ad Sabinum* handelt, von welchem und aus welchem auch die eben benutzten, den Fall des Depositars behandelnden §§ 3 und 4 der l. 14 herrühren. Mehrere Male hintereinander so ganz genau dieselbe Betrachtung anzustellen war offenbar lästig, unelegant, störend; deshalb erlaubt sich Ulpian, indem er zunächst auf den *m. f. por.* kommt, hier die Behandlung der einen Alternative, der Ehrlichkeit desselben, weil dieselbe hier *in praxi* doch weit seltener als beim Depositar vorkommen wird, wegzulassen und die Sache kurz, wenn schon etwas ungenau, mit dem blossen Hinweis auf die regelmässige *improbitas* des *m. f. por.* abzumachen; nachher, als er zum Depositar kömmt, behandelt er in erster Linie die andere Alternative der hier *in praxi* viel häufigeren Ehrlichkeit und kömmt auf die *improbitas* nur nachträglich und durch ein Citat aus Julian (§ 4) zurück. Auf diese Weise gewinnt er eine gefällige Abwechselung der Darstellung ohne Schädigung des Wesentlichen, der Resultate; in Bezug auf die etwas kurzgefasste, incorrekte Begründung, welche dem *m. f. por.* zu Theil wird, mochte er sich dabei beruhigen, dass sie dem Nichtjuristen bei der Seltenheit redlicher *m. f. pio.* nicht sonderlich auffallen, der Jurist und Kenner aber sich dieselbe aus dem Folgenden zu ergänzen wissen werde.

Nur Ein vereinzelter Punkt ist es, um welchen es in Folge dieses Verfahrens des Ulpian schlimmer bestellt ist. Die *actio furti* wird nämlich schon jedem Retentions-Berechtigten wegen des Interesses gegeben, welches er am Behalten der Sache hat[1]); der

---

[1]) l. 54 § 4, l. 60 D. h. t. 47, 2.

Depositar aber kann, wenn er schon Gegenforderungen gegen den Deponenten erworben haben sollte, diese doch nicht durch Retention geltend machen[1]; auch von diesem Gesichtspunkte aus kann also die Möglichkeit, dass einem ehrlichen Depositar die *actio furti* zustände, nicht eintreten. Der *m. f. por.* dagegen ist wegen von ihm aufgewendeter *impensae necessariae* retentionsberechtigt; wird einem solchen retentionsberechtigten redlichen *m. f. por.* die Sache gestohlen, so müsste ihm allerdings die *actio furti* zugebilligt werden. Man könnte sogar versucht sein, sie ihm trotz der allgemein versagenden l. 12 § 1 cit. zu gewähren, indem man sich auf die Ungenauigkeit derselben und ferner darauf beriefe, dass Ulpian selbst in einem besonderen Falle unmittelbar dem *fur* die *actio furti* einräumt[2]; jedoch wage ich soweit nicht zu gehen und ziehe es vor, die hiermit sich ergebende, aber nunmehr doch wohl ganz verschwindend geringe Irregularitat in den Kauf zu nehmen. Dass jemand lediglich wegen derselben unsere gesammten übrigen Ergebnisse zu verwerfen Anlass nehmen könnte, ist wohl nicht mehr zu befürchten.

6) Schliesslich kann ich mich einer letzten Erörterung nicht entschlagen, obgleich bei ihr zu festen Resultaten kaum gelangt werden dürfte, der Erörterung nämlich über die Bedeutung des bisher gewonnenen Standpunktes für die Frage von dem sog. abgeleiteten Besitz. Folgender Schluss liegt hier nahe: wer den sog. abgeleiteten Besitz inhat, den nennen unsere Quellen zweifellos *possessor;* jeder *possessor* ist entweder *bonae* oder *malae fidei possessor;* da nun dieser *possessor* jedenfalls darum weiss, dass die Sache eine fremde ist; auch nicht etwa mit Willen des Eigenthümers sie sich dauernd aneignet, sondern bloss mit Willen des Eigenthümers vorübergehend besitzt[3]; so ist er kein *bonae,* also ein *malae* und gewiss doch ein redlicher *malae fidei possessor.*

So behauptet denn auch geradezu Mandry[4]) für den Sequester, während er für den Prekaristen und Pfandbesitzer Anstoss daran nimmt, dass durch den Besitz derselben der *precario dans* und der

---

[1]) l. 11 C. depositi 4, 34.

[2]) l. 48 § 4 D. h. t.: . . ita erit casus, quo fur furti agere possit.

[3]) Vgl. oben S. 66 fg.; *b. f. por.* ist, so haben wir dort gefunden, ausser demjenigen, welcher sich für den Eigenthümer hält, nur derjenige, welcher mit Uebereignungswillen des Eigenthümers zu besitzen glaubt.

[4]) Mandry, a. a. O. (Civ. Archiv, Bd. 63), S. 17/18.

Pfandbesteller weiter ersitzen. Warum dies gerade ein unübersteigbares Hinderniss sein soll, sehe ich nicht ein; ist einmal zugegeben, dass es sich um *m. f. pores.* handelt, deren Besitz mit dem Interesse desjenigen, von welchem er sich herleitet, nicht im Widerspruche steht, so ist die Regel, nach welcher dieser Besitz, aus welchem die betreffenden Besitzer selbst, als welche von Anfang an *in mala fide* sind, ja keinesfalls usukapiren können, den Hingebenden in ihre Usukapionszeit mit eingerechnet werden soll, zwar immerhin noch nicht rein dogmatisch aus der gegebenen Lage zu deduciren, ihre Einführung durch eigene gesetzliche Bestimmung aber sehr wohl zu begreifen.

Von da aus käme man dann weiter zu einer recht einleuchtenden Erklärung des ganzen Instituts des abgeleiteten Besitzes[1]), bei welcher man nur noch anzunehmen hätte, die fortdauernde Usukapion des Hergebenden beruhe auf positiver, durch Utilitätsgründe gerechtfertigter Vorschrift. Man müsste dann nämlich dahin verallgemeinern, dass derjenige, welcher eine ihm von dem früheren Besitzer übergebene Sache zugleich im Interesse des Uebergebenden inhat, Besitzer statt blossen Detentors so oft wird, als bei der Tradition (oder vielleicht auch erst nach ihr) der beiderseitige Wille[2]) darauf gerichtet wird, dass der Empfänger nicht blosser *detentor*, sondern *possessor* sein solle. Auf diese Weise wäre die dogmatische Möglichkeit des abgeleiteten Besitzers klargelegt; zur Begründung seiner einzelnen Fälle wäre sodann die häufiger angestellte Betrachtung heranzuziehen, dass der beiderseitige Wille,

---

[1]) Am nächsten würde derselben wohl stehen diejenige, welche v. Brinz, Pandekten I § 139, in seiner geistreichen und scharfen Weise gibt, mit Bezugnahme auch schon auf die Fiduciar-Verhältnisse, die Consequenzen für den heutigen Miether u. s. f.; ein Zusammenhang, auf welchen Mandry, a. a. O. aufmerksam macht.

[2]) Der beiderseitige Wille; denn:

Wenn der Wille des Empfängers einseitig darauf gerichtet ist, Besitz zu erwerben, während der Ueberliefernde ihm bloss Detention einräumen zu wollen erklärte, so äussert entweder ersterer seinen Willen nicht, wo er dann ein wirkungsloser bleibt; oder er äussert ihn bei der Tradition, dann wird der Ueberliefernde sich wohl hüten, die Sache aus der Hand zu lassen (lässt der Ueberliefernde trotz der betr. Erklärung des Empfangenden die Sache aus der Hand, so wird er, trotz mündlich entgegengesetzter Protestation, als einwilligend zu betrachten sein); oder er äussert ihn nach der Tradition, dann ist eine nicht hierhergehörige Frage, ob er

Besitz zu übertragen und zu erwerben, nach Römischen Anschauungen vorhanden war stets zwischen Pfandbesteller und Pfandbesitzer, *precario dans* und *precario accipiens;* regelmässig[1]) zwischen dem zur Sequestrirung Deponirenden und dem Sequester; nie zwischen Deponent und Depositar, Commodant und Commodatar, Vermiether und Miether, Verpächter und Pächter. Der Schluss, dass wir heutzutage nicht mehr an die Römischen Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes gebunden sind, also auch z. B. Miether und Pächter zu Besitzern machen könnten, würde endlich naheliegen und dem Gebäude zur willkommenen Krönung gereichen.

Mit diesem Verfahren lässt sich zu einer ganzen Reihe redlicher *m. f. pores* gelangen, auf welche wenigstens die negativen Regeln der *m. f. pio* unbedenklich Anwendung fänden, während die Regeln der *b. f. pio* durchaus nicht auf sie passen würden: Sie können mit der Sache nicht frei und unbekümmert umgehen, sondern sind an Rücksichten auf den Eigenthümer, jeder in seiner besonderen Art, gebunden; sie können nicht nach dem Privileg des *b. f. por.* Früchte erwerben (auch der Prekarist, welchem Frucht-Erwerb gestattet sein sollte, erwirbt nicht wie ein *b. f. por.*); sie können endlich gewiss auch nicht für sich usukapiren. Betreffend eine Analogie des Fruchterwerbes, den Erwerb des Besitzers durch einen *bona* oder *mala fide* besessenen fremden Sklaven, findet sich sogar eine einschlägige Quellen-Stelle. Wenn nämlich in l. 1 D. de a. v. a. p. (Paulus) zunächst § 6 sagt:

Sed et per eum, quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit vel liber, possessionem adquiremus. si mala fide eum possideamus, non puto adquiri nobis possessionem per eum: sed nec vero domino aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur,

so bemerkt kurz darauf § 15 folgendes:

Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait (ad unam enim tantum causam videri

---

durch diese Aeusserung sich von dem Momente derselben ab zum Besitzer machen kann: bis zu dem Momente derselben war er, da der noch nicht geäusserte Wille auch noch nicht wirken konnte, nur Detentor.

Dass im umgekehrt einseitigen Falle — der Besitzer will Besitz übertragen, der Empfänger aber bloss Detention erwerben — kein Besitz zu Stande kömmt, ist klar.

[1]) So zu erklären dann l. 6 § 2 D. de precario 43, 26 und l. 10 § 1 D. de a. v. a. p. 41, 2.

eum a debitore possideri, ad usucapionem), nec creditori, quia nec stipulatione neque ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.

Durch die Verbindung dieser beiden Paragraphen könnte man den Beweis dafür, dass der Pfandbesitzer nicht *b. f. por.* ist, als quellenmässig erbracht betrachten. — Damit stände denn auch durchaus nicht in Widerspruch, wenn dem Faustpfandgläubiger, falls ihm sein Pfand gestohlen wird, von Ulpian die *actio furti* zugesprochen wird und zwar in unmittelbarem Anschlusse an die Stelle, in welcher Ulpian dem *m. f. por.* im allgemeinen die *actio furti* abspricht, nämlich in l. 12 § 2 D. de furtis 47, 2. Vielmehr würde uns dies bloss bekräftigen, dass die Diebstahlsklage in l. 12 § 1 dem *m. f. por.* nur kurzer Hand deshalb versagt ist, weil er entweder unredlich ist oder kaum je ein sie begründendes Interesse hat; sobald er zu seiner Redlichkeit ausnahmsweise ein für die *actio furti* ausreichendes Interesse hat, wie dies z. B. beim Pfandbesitzer der Fall wäre, wird sie ihm eben deshalb [1]) zu gewähren sein; die Ansicht, als sei sie auch jedem redlichen *m. f. por.* zu gestatten, welcher am Behalten der Sache in Folge seiner Retentions-Berechtigung für *impensae necessariae* interessirt ist, gewönne hiermit eine bedeutsame Stütze.

So weit, sieht man, würde sich alles von dem Gesichtspunkte aus, dass der des abgeleiteten Besitzes sich Erfreuende *m. f. por.* ist, sehr wohl ordnen und zum Ganzen abschliessen und abrunden lassen. Zweifelhafter steht es aber, wenn wir zu den positiven Vorschriften über *m. f. pio.* übergehen. Für die Haftung des *precario accipiens,* des Sequesters und des Pfandbesitzers wegen der Aufbewahrung der Sache, Fruchtziehung u. s. f. sind nicht die in dieser Beziehung für den *m. f. por.* gültigen Regeln entscheidend; auch nicht etwa diese Regeln mit einigen geringen Modifikationen, etwa einer gewissen, dem besonderen obligatorischen Verhältnisse entsprechenden Steigerung der Haftung oder der Ersatz-Ansprüche, worüber sich ja leicht wegkommen liesse; sondern die aus der persönlichen Beziehung abzuleitenden Ansprüche und Gegenansprüche greifen hier in einer alle anderen Principien geradezu durchkreuzenden Weise ein. So kann von irgend welchem Ein-

[1]) Siehe in l. 12 § 2 cit.; . . ideo autem datur utrique, quia utriusque interest; u. nochmals zu Ende: et verius est, ubique videri creditoris interesse.

stehen für *fructus percipiendi* bei keinem der fraglichen Besitzer die Rede sein; der Pfandbesitzer haftet selbst in Bezug auf die Aufbewahrung der Sache wegen *culpa levis,* der Prekarist und Sequester haften nicht einmal in Bezug auf Deterioration der Sache wegen *culpa levis;* die Ersatzansprüche des Pfandbesitzers und des Sequesters gehen weit über das Maass der *impensae necessariae* hinaus, betreffen z. B. auch Schaden, welchen die Sache bei ihnen angerichtet hat; von Ersatzberechtigung des Prekaristen auch nur wegen aufgewandter *impensae necessariae* ist niemals in den Quellen die Rede. Alle diese Erscheinungen sind gewiss geeignet, uns stutzig zu machen; überhaupt aber dürften die mannigfachen Bedenken, welche sich in dieser Beziehung erheben, damit zusammenhängen, dass das gesammte Institut des sog. abgeleiteten Besitzes mit den besonderen contraktmässigen Verhältnissen, in welchen es seine Anwendung findet, so fest verwachsen ist, dass es in Folge dessen einer Unterordnung unter die gewöhnlichen Categorien des Besitzes bestimmt widerstrebt. Aus der Empfindung einer derartigen Sachlage mag sich auch die eigenthümliche Ausdrucksweise erklären, welche wir in l. 13 pr. D. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3 treffen:

> (Paulus): Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

Allerdings könnte man sagen, wenn *pro alieno possidere* nicht *detinere* heissen solle, was hier unmöglich, so bleibe nur übrig, es als synonym aufzufassen mit *possidere cum conscientia rei alienae,* also schliesslich doch mit *possidere in mala fide;* aber eben diesen gewöhnlichen, einfachen, bestimmten Terminus zu gebrauchen vermeidet Paulus; er kann sich, so nahe er auch an die Erklärung, dass der Pfandbesitzer ein *m. f. por.* ist, damit herangetreten ist, eben diesen letzten Schritt zu thun, die damit verbundene weite Verantwortlichkeit zu übernehmen nicht entschliessen; wird man es mir verargen, wenn ich mich innerhalb derselben Schranke halte?

VII. Quellenbeweise für den Diebstahl des malae fidei possessor durch Veräusserung.

Wir gelangen zu unserem eigentlichen Thema zurück; nachdem die Anschauungen niedergekämpft sind, unter deren Druck Pampaloni und Pfersche auf jede mögliche Weise dem Satze, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, zu entgehen suchten, treten wir an die Nachprüfung der von diesen als beweisunfähig verworfenen Quellenstellen heran, auf welche bis dahin ungestört die herrschende Ansicht sich stützen zu können vermeint hat.

1) Selbstverständlich sind solche Stellen bedeutungslos, welche davon sprechen, dass eine fremde Sache verkauft wird, ohne dabei eines *furtum* auch nur zu erwähnen. Ebensowenig können diejenigen Stellen in Betracht kommen, welche zwar ein *furtum* anführen, dasselbe aber schon vor die Veräusserung verlegen, indem sie erzählen, es sei eine Sache gestohlen *(subrepta)* und dann weiter vergeben worden. Hierüber nur ein Wort zu verlieren, wäre an sich überflüssig; da aber Pampaloni und Pfersche einmal ihren Fleiss auf Sammlung derartiger Stellen verwendet haben, so sei, schon behufs fester Begrenzung des controversen Gebiets, noch genauer hergezählt, dass nichts folgt aus:

l. 27 pr. D. ad legem Aquiliam 9,2.
l. 13, l. 14 § 2 D. de condictione furtiva 13, 1.
l. 45 § 1 D. de actionibus empti venditi 19, 1.
l. 10 D. quibus modis pignus etc. 20, 6.
l. 26, l. 29 pr., l. 54[1]) pr., l. 76 D. de evictionibus 21, 2.
l. 1 pr. D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3.
l. 5 § 3 D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura etc. 27, 9.
l. 44 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3.
l. 94 pr. § 1 § 2 D. de solut. et liberat. 46, 3.
l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2.
l. unica C. de usucapione pro dote 7, 28.
l. 27 C. de evictionibus 8, 44.

Auch auf die sonst wohl hierhergezogene l. 52 § 17 D. de furtis 47, 2 wird verzichtet.

---

[1]) Verdruckt bei Pfersche: 24.

2) Gleichfalls selbstverständlich können diejenigen Stellen nicht beweisen, dass der *m. f. por.* durch Veräusserung stiehlt, welche statt von ihm ausdrücklich vom Detentor handeln. Denn mag man nun den Unterschied zwischen der Lage eines *detentor* und derjenigen eines *m. f. por.* in dieser Beziehung für mehr oder weniger gross halten, ein gewisser Unterschied ist jedenfalls vorhanden, so dass von dem einen keineswegs ohne weiteres auf den anderen geschlossen werden darf. Von diesem Gesichtspunkte aus lasse ich fallen:

l. 4 § 10 D. de usurp. et usucap. 41, 3.

l. 55 pr. § 1, l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2.

l. 16 C. de furtis et servo corrupto 6, 2.

3) Wenn Pampaloni[1]) Nov. 119 cap. VII, welche bisher von allen Rechtsgelehrten aller Zeiten bloss auf unbewegliche Sachen gedeutet worden ist, auch auf bewegliche beziehen will, so bedarf dies ihrem Wortlaut gegenüber keiner ausführlichen Widerlegung; führt sie doch als in Betracht kommende Ersitzungsfrist lediglich die zehn- oder zwanzigjährige, kein einziges Mal die dreijährige an. Dagegen will Pampaloni behaupten, diese zehn- oder zwanzigjährige Frist sei hier auch für bewegliche Sachen bestimmt; die Nov. cit. führe für den Fall der Unkenntniss des Eigenthümers von der Veräusserung ganz neue Regeln, eine ganz neue Ersitzung und diese mit gleichen Fristen für bewegliche und unbewegliche Sachen ein; u. s. f. Wie und wo die Novelle alle diese schönen und originellen Dinge aufstellt, bleibt dunkel; früher hat man sie stets einfach so verstanden, dass sie ein neues Usukapionshinderniss errichtet, liegend in der Unkenntniss des Eigenthümers von der Veräusserung der Sache; und dass sie zugleich für *purgatio* dieses *vitium* sorgt, welche sie eintreten lässt von dem Moment ab, in welchem der Eigenthümer Kunde erhält. Fährt sie nun fort, von diesem Momente an solle die Sache in zehn- resp. zwanzig Jahren ersessen werden können, so ist klar, dass Justinian bei ihr nur an unbewegliche Sachen gedacht hat. Hierbei wird es denn auch trotz Pampaloni bleiben, welchem selbst Pfersche[2]) hier Heerfolge weigert.

Aber obschon sich Nov. 119 cap. VII bloss auf unbeweg-

[1]) A. a. O. S. 285.

[2]) A. a. O. S. 246, Anm. 1.

liche Sachen bezieht, so ist aus diesem Umstande doch ein eigentlicher Beweis für uns nicht zu gewinnen; vielmehr lässt Pfersche der Bedeutung der Novelle volle Gerechtigkeit widerfahren, wenn er bemerkt[1]):

„Die Aufstellung einer soweit reichenden Verfügung — Usukapionshinderniss für Immobilien durch irgendwie erlangten unredlichen Besitz des Verkäufers — würde sich nun freilich leicht erklären, wenn bei Mobilien schon früher das Gleiche gegolten hätte, nämlich dass die Veräusserung jedes unredlichen Besitzers ein *furtum* bildet, daher die Sache furtiv macht und ihre Ersitzung ausschliesst. Aber die umgekehrte Folgerung: weil die Existenz des fraglichen Rechtssatzes bei Mobilien eine passende Erklärung der justinianischen Verordnung wäre, so dürfte der Rechtssatz wirklich existirt haben, ist nichts weniger als überzeugend."

Immerhin mag die Einräumung des Umstandes, dass es zur Erklärung der Novelle förderlich wäre, sich auf einen Rechtssatz wie den von uns behaupteten stützen zu können, hervorgehoben werden; schon weil es angenehm ist, auch bei Pfersche einmal solch freundlicherer Auffassung zu begegnen.

4) Ein bestimmtes Resultat ergibt nicht l. 6 C. de furtis 6, 2:

Alienum servum sine voluntate domini qui sciens vendidit seu donavit vel alio modo alienavit, nihil domino diminuere potest. et si contrectet vel apud se detinuerit, furtum facit.

Das *contrectare vel apud se detinuisse* kann gar zu verschieden ausgelegt werden. Zunächst mag man daran denken, derjenige, welcher jetzt veräussert, habe den Sklaven schon früher contrektirt und bei sich festgehalten, was Pfersche als einzig mögliche Bedeutung anzunehmen scheint, während die verschiedenen Tempora in den beiden Verben eher dagegen sprechen. — Sodann lässt sich annehmen, unsere Stelle besage, das zunächst ganz bedeutungslose blosse vertragsmässige Versprechen von *vendere*, *donare*, *alienare* werde zum Diebstahle dadurch, dass der Versprechende zur Ausführung schreite, d. h. tradire, indem die Tradition die *contrectatio* bildet[2]); man muss dann weiter an-

---

[1]) A. a. O. S. 245 fg.

[2]) Die Worte „et si contrectet . ." sind dann zu umschreiben: „und wenn er in Folge des Veräusserungsgeschäftes nun weiter zu einer körper-

nehmen, dass *vel apud se detinuerit* einen ganz anderen Fall bilde; so ist die Stelle wohl von denjenigen verstanden, welche sie als Beweis für unseren Satz citiren; denn dass auch unser Satz so zu verstehen ist, dass nicht die blosse Uebernahme der Verpflichtung, die *mala fide* besessene Sache als Verkäufer, Geschenkgeber u. s. f. zu überliefern, sondern erst ihre körperliche Ueberlieferung selbst Contrektation und Diebstahl sein soll, ist selbstverständlich und nur Missverständnissen gegenüber hier ein für alle Male zu bemerken. — Endlich ist noch ein dritter Fall möglich: der Verkäufer u. s. f. verspricht einen Sklaven zu liefern, welchen er noch gar nicht inhat; um dann das Geschäft ausführen zu können, contrektirt er ihn; sei es nun, dass er ihn sofort dem Käufer u. s. w. übergibt oder dass er ihn noch eine Zeit lang bei sich behält, jedenfalls begeht er damit einen Diebstahl. Diese letzte Deutung scheint mir sogar nach dem Wortlaut die nächstliegende zu sein, wennschon sie ein recht triviales Ergebniss liefert.

Unter diesen Umständen ist die citirte Constitution keinenfalls irgendwie zu verwerthen.

5) Etwas, aber nicht viel mehr Bedeutung wäre ich geneigt beizulegen der l. 16 D. ad exhibendum 10, 4 (Paulus):

> Quum servus tenet aliquid, dominus ad exhibendum suo nomine tenetur: si autem servus citra scientiam domini [1]) dolo fecit, quominus habeat, vel furti actio vel de dolo malo noxalis servi nomine danda est, ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.

---

lichen Behandlung der Sache, etwa einer Tradition, vorgeht, welche hier als Contrectation erscheint . .“.

[1]) Woher Pampaloni hier — S. 368 — die Sicherheit nimmt, dass es sich um den *dominus rei*, nicht den *dominus servi* handelt, eine Sicherheit, welche so weit geht, dass er einfach im Abdruck des Fragments hinter *domini* einklammert *rei*, ist mir nicht ersichtlich. Vielmehr ist das Gegentheil schon an sich, wenn bei einem Sklaven von *dominus* schlechthin die Rede ist, wahrscheinlicher und hier durch die Umstände anzunehmen geradezu geboten; der das fünfte Wort des Fragments bildende „*dominus*“ ist doch jedenfalls der *dominus servi;* und die behandelte Frage, man vergleiche auch die Stellung in der Compilation, ist doch die, ob der Herr mit der *actio ad exhibendum* haftet, wenn der Sklave *dolo* die Inhabung aufgegeben hat; Antwort, ja, wenn der Herr darum wusste, denn dann ist es, als hätte dieser selbst *dolo* zu besitzen aufgehört; nein, wenn er nicht darum wusste denn ihn selbst trifft dann keine Schuld, es bleiben bloss die Noxal-Klage aus dem Delikte des Sklaven übrig.

Die Stelle besagt, wenn der Sklave die Inhabung selbstständig dolos aufgebe, so treffe deshalb den Herrn entweder bloss die noxale *actio de dolo* oder unter Umständen auch die noxale *actio furti;* wenn also der Sklave dolos die Inhabung aufgibt, so kann unter Umständen dieser *dolus* den besonderen Charakter des *furtum* annehmen; welches aber diese Umstände seien, sagt die Stelle nicht, sondern sie begnügt sich mit einem einfachen *vel* — *vel*, deshalb ist einen strikten Beweis aus ihr zu führen nicht wohl möglich. Sucht man jedoch das, was Paulus uns nicht mittheilt, selbstständig zu finden und fragt sich, wann denn die Handlung des Sklaven nicht bloss gewöhnlichen *dolus*, sondern *furtum* darstellt, so wird man die einfachste Antwort wohl von unserem Standpunkte aus erhalten: Hört der Sklave in einer solchen Weise auf zu haben, welche eine Veräusserung oder etwas ihr Aehnliches enthält, so wird ein Diebstahl vorliegen; wirft er dagegen die Sache bloss fort, lässt sie sich absichtlich abhanden kommen oder dgl. m., so stiehlt er nicht, sondern kann bloss wegen seines *dolus* herangezogen werden. — Viel Gewicht kann schon deshalb hierauf nicht gelegt werden, weil nicht der Sklave selbst, sondern durch ihn sein Herr der eigentliche Besitzer der fremden Sache ist: für sich selbst besitzen kann der Sklave gar nicht; freilich wird seine Stellung in dem Augenblicke, in welchem er dolos, ohne Wissen des Herrn, die Sache aufgibt, derjenigen eines selbstständigen Besitzers weit ähnlicher als derjenigen eines gewöhnlichen blossen Detentors. Nimmt man hinzu, dass der Herr, so lange er durch den Sklaven besass, jedenfalls *m.*, nicht *b. f. por.* war, da sonst die Frage einer gegen ihn nach Besitzverlust anstrengbaren *actio ad exhibendum* gar nicht aufgeworfen werden könnte, so wird man zugeben, dass l. 16 D. cit. sich unserem Satze wenigstens stark nähert.

6) Zu dem Kerne der Frage gelangen wir mit folgenden drei Stellen:

l. 1 C. de usucapione pro emptore vel transactione 7, 26. — Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui ius vendendi non habuerunt, vindicare ea potes, nec enim usucapi ab emptoribus potuerunt, cum illicita venditione furtum contractum sit.

l. 7 eodem: Sciens servum alienum citra domini voluntatem venumdans furtum committit. quod rei vitium, priusquam ad

dominum eius revertatur possessio, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur.

l. 2 C. de usucapione pro donato 7, 27. — Donantem ancillam alienam nihil domino deminuere non est ambigui iuris: furtum etiam contrahere citra voluntatam domini contrectantem, ut eius rei nec usucapio possit procedere.

Diese drei Constitutionen sagen eine jede, dass wer wissentlich einen fremden Sklaven veräussert, stiehlt; oder, da noch Niemand dies etwa hat auf den Sklaven beschränken wollen, noch auch irgend ein Grund zu finden ist, warum es auf ihn beschränkt sein sollte, wer wissentlich eine fremde bewegliche Sache veräussert, stiehlt.

Dass dies der Inhalt der beiden erst-allegirten Stellen ist, leugnen auch unsere Gegner nicht; die dritte dagegen schliesst Pfersche aus, indem er annimmt, der erste Satz *donantem* .. *iuris* könne sich auf andere Umstände beziehen, als der zweite Satz *furtum* .. *contrectantem;* dieser zweite Satz deute auf einen erst noch hinzukommenden Thatbestand hin und bezeichne bloss diesen als *furtum.* Zu einer solchen Auffassung konnte Pfersche wohl nur gelangen, indem er den Schlusssatz *ut eius* .. *procedere* ausser Augen liess, wie er denn denselben auch da, wo er die Stelle zum Abdruck bringt [1]), einfach und ohne jedwede Andeutung dafür, dass die Constitution noch nicht fertig, auslässt. Dieser Schlusssatz ist es nämlich, welcher den Zusammenhang zwischen dem ersten und zweiten Satz herstellt; zuerst versichern die Kaiser, dass die Schenkung augenblicklich den Herrn nicht schädige; aber auch auf die Dauer, so bemerken sie weiter in offenbar genau demselben Gedanken-Fortschritt, wie ihn l. 1 C. 7, 26 cit. aufweist, thut die Schenkung dem Herrn keinen Schaden; denn auch das ist zweifellos Rechtens, dass der Schenker, indem er so gegen den Willen des Herrn contrektirt, einen Diebstahl begeht, die Sache also unusukapirbar wird. „Derjenige, welcher gegen den Willen des Herrn contrektirt“, ist nicht etwa ein anderer, als der Geschenkgeber; wie käme ein solcher überhaupt her? „derjenige, welcher gegen den Willen des Herrn contrektirt“, bildet auch nicht etwa eine nähere Einschränkung, fügt nicht etwa eine weitere Bedingung hinzu, denn dann würde ja Mangels Eintreffens

---

[1]) A. a. O., S. 239, letzte Stelle.

dieser Bedingung die Sache in der Hand des *bona fide* Beschenkten usukapirbar, das die völlige Sicherstellung des Herrn des Sklaven aussprechende letzte Satzglied Mangels Eintreffens dieser Bedingung falsch, die Kaiser hätten den Eigenthümer in eine trügerische Sicherheit eingewiegt; sondern „derjenige, welcher gegen den Willen des Herrn contrektirt" ist bloss eine Umschreibung für den Geschenkgeber des ersten Satzes, und zwar eine Umschreibung mit solchen Worten, welche gleichzeitig die Richtigkeit der Aeusserung klarlegen sollen, indem sie darauf aufmerksam machen, dass bei dem Geschenkgeber alle Diebstahls-Erfordernisse sich vereinigen. Dies ist auch sprachlich correkter, da, wenn das Participium nicht mit „da" oder „indem", sondern mit „wenn" aufzulösen wäre, dem im Schlusssatze ein „*tum*" oder eine ähnliche zurückweisende Partikel entsprechen müsste. So soll denn der zweite Satz weder besagen

der Schenkende stiehlt, wenn er ausserdem noch contrektirt,

noch

der Schenkende stiehlt, wenn er ausserdem noch gegen den Willen des Herrn handelt;

noch soll er beide Bedingungen verbinden;

sondern der zweite Satz besagt:

der Schenkende stiehlt, denn die beiden objektiven Erfordernisse des Diebstahls, dass die Sache contrektirt werde und dass dies gegen den Willen des Eigenthümers geschehe, treffen auf ihn zu; das subjektive Erforderniss des *animus furandi* wird dabei, wie so häufig, als selbstverständlich vorausgesetzt.

Dass dem so sei, ergiebt schon die nähere Betrachtung des ersten Satzes, indem dieser bereits jene beiden objektiven Erfordernisse in sich enthält, so dass dieselben auch deshalb nicht noch einmal besonders als eventuell hinzutretende bedingungsweise durch den Participialsatz eingeführt sein können. Denn dass die Sklavin eine körperliche Behandlung erfahren hat, contrektirt worden ist, ergibt sich daraus, dass der Beschenkte sie ersichtlich schon hat, sonst könnte von der Möglichkeit der Usukapion nicht die Rede sein, da an eine solche doch in der Hand des *donans ancillam alienam* nicht gedacht werden kann. Und ferner, dass der Eigenthümer der Sklavin nicht etwa der Schenkung zugestimmt hat, ergibt sich daraus, dass bei solcher Einwilligung allerdings die Schenkung dem Eigenthümer etwas entziehen würde, wenn-

schon, da es sich um eine *res mancipi* handelt und keine Mancipation vorliegen wird, nicht das Eigenthum, so doch die Möglichkeit, die Sklavin von dem mit seiner Einwilligung Beschenkten zurückzufordern, welcher ihm mit Erfolg eine *exceptio doli* entgegensetzen würde. So sind die beiden in dem Participial-Satze aufgestellten Diebstahls-Momente schon in dem ersten Satze gegeben; demgemäss hätten die Kaiser sich begnügen können fortzufahren mit den Worten:

furtum etiam donantem contrahere, ut etc.;

jedoch ist es immerhin leicht erklärlich und gerade dem Kanzlei-Styl recht angemessen, wenn man hier ein begründendes Zwischenglied in der Form einer Umschreibung einzuschieben für passend hielt, da man die Begründung direkt als solche zu geben für dem wünschenswerthen autoritativen Ton nicht entsprechend erachten mochte.

Nach dieser Auseinandersetzung scheint sich mir l. 2 C. cit. den beiden andern Constitutionen als vollkommen gleichstehende dritte Beweisstelle anzuschliessen. Ein [1]) Argument nun ist es, welches die Gegner gegen alle diese Stellen vorzutragen in der Lage sind; nämlich dass in ihnen allen derjenige, welcher veräussert, nicht *m. f. por.*, sondern stets bloss Detentor sei. Es ist hier daran zu erinnern, dass sowohl Pampaloni wie Pfersche vorher so viel gegen unsern Satz beigebracht zu haben glauben, dass sie dann mit Recht annehmen dürfen, es genüge, um ihn zu Falle zu bringen, der Nachweis der blossen Möglichkeit, unsere Quellen anders als unter Annahme seiner Richtigkeit zu erklären; diese Möglichkeit aber finden sie eben darin, dass sie überall, wo es heisst

qui alienam rem sciens alienat, furtum committit,

---

[1]) Denn dass man in l. 1 u. 7 cit., weil sie einige selbstverständliche Diebstahls-Erfordernisse, wie z. B. den *animus lucri faciendi*, nicht besonders erwähnen, auch einen ganzen Diebstahls-Thatbestand einzuschalten berechtigt wäre, indem man einfach annähme, das, worauf es wesentlich ankäme, nämlich dass der Veräusserer vorher sich noch eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt, sie subripirt und dadurch furtiv gemacht habe, sei ganz weggelassen und hinzuzudenken, ist doch eine gar zu ungeheuerliche Zumuthung, als dass die betr. Stelle bei Pfersche (S. 246) ernst genommen zu werden verdiente. Müsste man sie widerlegen, so genügte der Hinweis auf den Wortlaut *illicita venditione furtum contractum* und *servum .. venumdans furtum committit,* welcher ausdrücklich besagt, dass der Diebstahl in und nicht vor der Veräusserung liegt.

dies lediglich auf den *detentor* unter Ausschluss des *m. f. por.* beziehen. Dabei richtet Pfersche[1]) seine Bemühungen besonders darauf, nachzuweisen, dass unter dem *alienans rem alienam* nach dem Sprachgebrauche der Quellen ein blosser Detentor verstanden sein könne, was wir ihm voll und ganz auch ohne seine Sammlung von Beleg-Stellen zugegeben haben würden, umsomehr, als er seinerseits zugibt[2]), dass ebensowohl die Quellen von einem *m. f. por.* sagen, er alienire *rem alienam.* Pampaloni dagegen findet einen besonderen Hinweis darauf, dass unsere Constitutionen sich auf den Detentor beschränken, in dem Umstande, dass sie den Zusatz *citra domini voluntatem* machen und damit die Einwilligung des Eigenthümers ausschliessen: denn wennschon das Ausbleiben dieser Einwilligung allgemeines Diebstahls-Erforderniss sei, so sei doch die Erwähnung gerade dieses Erfordernisses in solchen Stellen, welche sich wie die vorliegenden an und für sich der Vollständigkeit keineswegs befleissigten, nur dann natürlich, wenn ein besonderer Nachdruck auf ihm läge; veräussere nun ein *m. f. por.*, so sei von ihm, dass er mit Willen des Eigenthümers handle, so höchst unwahrscheinlich, dass ihm diese Beistimmung nicht nochmals besonders abgesprochen zu werden brauche; veräussere dagegen ein Detentor, so sei allerdings die erste Frage, ob er mit oder gegen den Willen des Eigenthümers handle und deshalb, wenn letzteres angenommen werden solle, eine dahin zielende Angabe nothwendig. Diesem Gedankengange wird eine gewisse Richtigkeit nicht abzusprechen sein; drückt man sich einmal unvollständig aus, so ist unwahrscheinlich, dass man sozusagen Selbstverständliches erwähnen würde, um so wahrscheinlicher also, dass, was man gerade sagte, der Erwähnung sehr bedarf; dass die Veräusserung *invito domino* geschieht, ist aber allerdings, wenn der *m. f. por.* veräussert, fast ganz selbstverständlich; während es der Betonung bedarf, wenn der Detentor veräussert. So viel ist zuzugeben.

Jedoch ist in erster Linie dieser Schluss keineswegs ein bindender, zwingender, sondern lediglich ein Wahrscheinlichkeits-Schluss, der selbst an Wahrscheinlichkeit wieder umsomehr verliert, als wir bloss auf Grund seiner nicht etwa nur in Eine,

[1]) Pfersche, a. a. O., S. 238 oben.
[2]) Derselbe, a. a. O., S. 237, Note 4.

sondern in drei Stellen eine weitgehende Beschränkung hineintragen sollen, für welche sonst gar nichts spricht. Wenn alle drei Stellen der Beschränkung auf den *detentor* nicht erwähnen, so kann man aus diesem Stillschweigen allerdings nicht mit völliger Sicherheit darauf schliessen, dass sie eben jene Beschränkung ausschliessen wollen; es ergibt sich aber doch daraus mindestens eine Wahrscheinlichkeit nach der einen Seite, welche die Wahrscheinlichkeit nach der andern Seite überwindet.

Sodann ist doch zu betonen, dass die thatsächliche Grundlage der gegnerischen Betrachtung genau nur in dem Falle der l. 7 cit. stimmt. — In l. 1 cit. heisst es nicht *invito domino,* noch *citra domini voluntatem*, es wird überhaupt nicht des Willens des Herrn erwähnt, sondern statt dessen auf das Recht des Verkäufers abgestellt, *ab eis*, *qui ius vendendi non habuerunt.* Das kömmt ja in mancherlei Hinsicht auf dasselbe hinaus, ist aber doch eine Variante, bei welcher man die Absicht einer correkteren, weiteren Fassung deutlich wahrnimmt, wie denn z. B. hier der Pfand-Verkauf mit ausgenommen ist, während er es nach l. 7 cit. nicht wäre. Darnach scheint denn überhaupt dieser Ausdruck gerade mit der Absicht, möglichst weit zu reichen, auf kein besonderes Verhältniss hinzuweisen, sondern bloss das Erforderniss in seiner Reinheit hinzustellen, gewählt; und sobald man weit fasst, kommt doch der *m. f. por.* als Veräusserer mit in Betracht. — In l. 2 cit. steht allerdings *„citra domini voluntatem“;* hier aber beabsichtigen die Kaiser dogmatisch zu begründen, warum ein *furtum* vorliegt, indem sie seine einzelnen objektiven Erfordernisse aufzählen und nur die subjektiven vorwegnehmen. Hier fällt also nicht nur das für Pampaloni wesentliche Element nicht beabsichtigter Vollständigkeit hinweg, sondern schlägt sein eigener Schluss sogar gegen ihn um; denn die Kaiser setzen, da der Participialsatz nicht bedingt sondern begründet, und auch nach der ganzen Fassung des ersten Satzes, den Mangel der Einwilligung des Eigenthümers hier als selbstverständlich voraus; liegt es also näher, diesen Mangel als selbstverständlich vorauszusetzen, falls ein *possessor,* als wenn ein *detentor* veräussert, so gewinnt damit l. 2 cit. sogar eine besondere Richtung auf den *m. f. por.* hin.

Endlich aber, und dies gilt nicht nur für die den Gegnern allein noch übrig bleibende l. 7 cit., sondern mag sich auf alle Constitutionen und die ganze betreffende Lehre beziehen, brauchen

wir ja keineswegs zu behaupten, die Stellen redeten bloss vom *m. f. por.*, nicht vom Detentor; vielmehr reden sie zweifellos auch vom letzteren; wenn nun die Verfasser der betreffenden Constitutionen sich unter den Veräusserern auch Detentoren dachten, so genügte dies schon, um sie zu bestimmen, eine Wendung wie die *citra domini voluntatem* oder ähnlich aufzunehmen; m. a. W. der Pampaloni'sche Schluss, selbst seine völlige Richtigkeit zugegeben, beschränkt die Stellen nicht auf den *detentor* mit Ausschluss des *m. f. por.*, sondern hindert nur, sie auf den *m. f. por.* mit Ausschluss des Detentors zu beziehen. Das Erforderniss des Mangels der Einwilligung des Eigenthümers ist gleich nothwendig, ob *m. f. por.* oder ob *detentor* stehlen sollen; es trifft bei letzterem weniger selbstverständlich zu; es genügt also, dass die Stelle auch auf ihn gehen will, um ausdrückliche Erwähnung dieses Erfordernisses zu veranlassen.

Wir können das Ergebniss so wiedergeben: wenn unsere drei Constitutionen sagen: qui rem alienam mobilem citra scientiam domini alienat, furtum committit, so ist dieser Satz in zwei Bestandtheile zu zerlegen: detentor, qui rem quam detinet citra domini scientiam alienat, furtum committit; und m. f. por., qui rem quam possidet alienat, furtum committit. Irgend ein Anhalt, irgend eine der drei Stellen bloss auf den ersteren dieser beiden Fälle zu beziehen, ist nicht gegeben; wenn es trotzdem geschieht, so liegt darin eine Vergewaltigung derselben, welche gegen alle Grundsätze gesunder Interpretation sich vergeht.[1]) Unter diesen Umständen glaube ich getrost dahin zusammenfassen zu können, dass die bisher herrschende Meinung durchaus in ihrem Recht war, wenn sie den Satz, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, durch die angeführten drei Constitutionen für bewiesen erachtete.

7) Aber sie vermag sich für denselben auch auf eine weitere Stelle von noch entscheidenderem Gewicht zu berufen, welche den Gegnern erst recht nicht aus ihrem Wege zu räumen gelungen ist, auf § 3 s. I. de usucap. et l. t. possessionibus 2, 6.

§ 3: Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam

---

[1]) Schon der alte Satz lautet: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguimus.

his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat. unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit. — § 4: Sed tamen id aliquando aliter se habet. nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit usucapere possit dubium non est, quippe ea res in furti vitium non ceciderit, cum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit. — § 5: Item si is, ad quem ancillae usus fructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur. — § 6: Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.

Diese Stelle ist Gaius' Institutionen II, 49, 50 entnommen und findet sich nochmals, abgekürzt aber inhaltlich gleich, wiederholt in den Pandekten als l. 36 D. de usurp. et usuc. 41, 3, dort mit der Inskription Gaius libro secundo rerum cotidianarum sive aureorum; Gaius selbst mag wohl in seinen beiden Werken über diesen Punkt sich ähnlich ausgelassen haben, und wirklich l. 36 die von ihm in den libri aureorum adoptirte kürzere Version wiedergeben. Alle diese, theils direkt von Gaius herrührenden, theils auf ihn zurückgehenden Stellen sind aber jedenfalls darin einig, dass sie unseren Satz nicht nur aufstellen, sondern geradezu ihrer Betrachtung zu Grunde legen; unser Satz ist es, dessen Wirkungen und Eingriffe in die Usukapionslehre hier erörtert werden. Interessant ist es nur, wie die Gegner sich bemühen, der hier ganz unabweisbaren Schlussfolgerung, dass es sich um alle möglichen Veräusserer fremder Sachen, Detentoren und *m. f. pores.*, handelt, zu entgehen.

Pampaloni ist dabei ziemlich unklar und verschwommen; seine Ausführung scheint etwa auf folgendes hinauszugehen: Wie überhaupt Diebstahl nur denkbar, wenn die Entziehung *„di fronte al proprietario“* stattfinde, so zähle Gaius bloss Beispiele auf, welche, obgeich eine solche Entziehung stattfindet, Diebstahl nicht

seien; daraus folge, dass er an die Möglichkeit, dass jemand Fälle anderweitiger Entziehung als Diebstahl auffassen könnte, gar nicht gedacht habe; es sei also die ganze Stelle überhaupt auf jenen Fall der Entziehung *di fronte al proprietario* zu deuten, wennschon damit der Satz *in rebus mobilibus non facile procedit, ut etc.* an Bedeutung verliere, da allerdings in allen Lagen, in welchen es sich nicht um Entziehung *di fronte al proprietario* handle, mit Wegfallen des Diebstahls die Usukapion ohne weiteres möglich werde. — Einer Widerlegung bedarf es hier kaum mehr, nachdem wir mit dem Erforderniss der Unmittelbarkeit der Contrektations-Richtung gründlich abgerechnet haben; es sei nur erwähnt, dass die Elasticität dieses selbsterdachten Erfordernisses dem Autor desselben wiederum vortreffliche Dienste bei dieser Gelegenheit leistet. Als direkt gegen den Eigenthümer gerichtet werden hier Vergabungen charakterisirt, welche z. B. von demjenigen ausgehen, der die Sache in seiner Erbschaft vorgefunden und nie gewusst hat, dass sie blosses Depositum ist, der also Detentor für den Eigenthümer nie gewesen ist; während, wo Pampaloni den Begriff einführt, er besonders betont, direkt gegen den Eigenthümer gehe bloss die Vergabung von Seiten des *detentor;* die Vergabung von Seiten desjenigen, der selbsständig die Sache inhabe, treffe den Eigenthümer erst indirekt. Damit ist auf das hingewiesen, was Pampaloni zu berühren vorsichtig umgeht: die Beispiele des Gaius beziehen sich ausdrücklich auf *bonae fidei possessores,* auf wirkliche *possessores,* nicht auf *detentores;* denn der Erbe, welcher in der Erbmasse fremdes Gut als vermeintlich zu ihr gehöriges trifft, sowohl wie der Niessbraucher, welcher meint, das Kind der Sklavin falle ihm zu, werden doch beide, indem sie sich ihres vermeintlichen Eigenthums bemächtigen, Besitzer, nicht bloss Detentoren; und weiter, dass sie sich desselben bemächtigt haben, geht daraus hervor, dass sie sonst nicht, was Gaius sie thun lässt, tradiren könnten; sie sind also Besitzer. Sind aber die Beispiele solche, welche von Besitzern handeln, so konnte Pampaloni die Behauptung, dass die ganze Stelle nur von der unmittelbar gegen den Eigenthümer gerichteten Entziehung handele, nicht mehr vorbringen, ohne dieser „Unmittelbarkeit" alle Bedeutung zu nehmen; er sucht dem auszuweichen, indem er sagt, Gaius spreche bloss von Sachen, deren Detention der Eigenthümer selbst hergegeben habe (§ 4, die beim Erblasser

deponirte Sache), oder welche auf Grund der Muttersache, von der sie herstammen, als vom Eigenthümer hergegebene wenigstens erscheinen (§ 5, das Kind der Sklavin). Recht wohl; irgendwie muss natürlich die Sache ohne ursprünglichen Diebstahl vom Eigenthümer herkommen; die Frage ist aber doch für Pampaloni's Theorie die, steht sie jetzt noch in einem solchen Verhältniss zum Eigenthümer, dass derselbe durch ihre Veräusserung „direkt", in dem Sinne, welchen Pampaloni nun einmal angenommen hat, verletzt wird; dies ist, wenn sie einmal im Besitze des Erben oder Niessbrauchers ist, nicht mehr der Fall; Pampaloni's eigene Grundlage ist demnach zur Erklärung unserer Stelle in seinem Sinne untauglich; eine noch so lange Umschreibung vermag daran nichts zu ändern.

Da verfährt Pfersche[1]) anders schneidig und klar; er verbirgt sich nicht hinter der Hülle vieldeutiger Wendungen; sondern sagt gerade heraus, der Satz: nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit beziehe sich und mit ihm beziehe sich die ganze Stelle bloss auf Detentoren: allerdings wird bei so verzweifelter Sache das Verdienst der Klarheit für den Gegner nur eine Handhabe zu leichterer Widerlegung. Pfersche argumentirt so: In unserer Stelle ist stets bloss die Rede von Entziehung der Sachen aus dem Besitze des Eigenthümers; als Beispiele, wie es doch komme, ut quis sine furti vitio rem alienam ad aliquem transferat, werden nur solche angeführt, in welchen der Veräusserer über fremde Sachen, welche er nicht besitzt, so verfügt, dass er dadurch dem Eigenthümer den Besitz entzieht; demgemäss wird sich der Gedanke des unbefangenen Lesers auch bei Lektüre des Satzes nam qui alienam rem etc. bloss auf denjenigen Veräusserer richten, welcher selbst nicht besitzt und dem Eigenthümer den Besitz entzieht, d. h. den Detentor; über den *possessor* sagt die Stelle gar nichts. „Dadurch erhält zwar der berufene Satz qui rem alienam etc. eine viel engere, ja triviale Bedeutung"; aber das ist bei Gaius nicht nur keine Schwierigkeit, sondern nur natürlich, jedenfalls eher anzunehmen, als dass uns dieser Autor in diesem plötzlich eingestreuten Satz eine ganz neue und weitreichende Regel unvorbereitet böte. — All dies ist eben so klar, wie falsch. Wie man sagen

[1]) A. a. O., S. 243.

kann, der Erbe, welcher die von ihm in der Erbschaft vorgefundene Sache als deponirte nicht kennt, sie ergreift und über sie veräusserungsweise verfügt; und der Niessbraucher einer Sklavin, welcher an dem Kinde derselben Eigenthum zu erwerben glaubt, es ergreift und über dasselbe veräusserungsweise verfügt; wie man sagen kann, dass diese beiden „über fremde Sachen verfügen, die sie nicht-besitzen", ist mir unerklärlich. Wie man dann weiter, während Gaius doch offensichtlich die Gesammt-Möglichkeit dafür erwägt, dass eine bewegliche Sache, ohne furtiv zu werden, in Circulation gesetzt werde, und für eine solche Möglichkeit zwei ganz singuläre Beispiele aufsucht, behaupten kann, es gebe eine ganze Rubrik hierher passender Fälle, nämlich alle diejenigen, in welchen die Sache von einem *m. f. por.* statt von einem Detentor in Circulation gesetzt wird, von dieser Rubrik habe Gaius nur gerade nicht handeln wollen, ist ebenso unerklärlich. Erklärlicher schon bei der in letzter Zeit zur Mode gewordenen Missachtung des Gaius ist es, wenn man keinen Anstoss daran nimmt, seine Sätze als triviale erscheinen zu lassen; dass er aber eine so selbstverständliche Erscheinung, wie die, dass eine unterschlagene Sache furtiv wird, eines längeren und breiteren entwickeln soll, ist doch eine etwas gar harte Annahme selbst für den armen Provincialjuristen.

Hiermit dürfte genügend dargethan sein, dass § 3 s. l. cit. keinerlei Veranlassung bieten, ihre Bestimmungen auf den Detentor zu beschränken; daraus folgt, dass sie eben so sehr wie die in der vorigen Nummer besprochenen drei Constitutionen auf alle möglichen Veräusserer anzuwenden sind, also auch auf den *m. f. por.*; jedoch lässt sich hier noch einen guten Schritt weiter kommen und mit Bestimmtheit behaupten, dass Gaius den *m. f. por.* als einen der denkbaren Veräusserer auch geradezu ins Auge gefasst haben muss.

Die Frage, welche Gaius aufwirft, ist die: wie kann ein *bonae fidei possessor*, welcher eine bewegliche Sache vom Nicht-Eigenthümer hat, usukapionsberechtigt werden; an die andere Anwendung der Usukapion, in welcher sie dazu dient, in der Hand desjenigen *b. f. por.*, welcher unmittelbar vom Eigenthümer mit dessen Uebereignungswillen, wennschon in mangelhafter Form (z. B. eine *res mancipi* ohne Mancipation), erhalten hat, unter Heilung der Mängel Eigenthum zu entwickeln, ist offenbar nicht ge-

dacht. Die Schwierigkeit nun, welche dem im Wege steht, dass jemals ein *b. f. por.,* welcher eine bewegliche Sache vom Nicht-Eigenthümer erhalten hat, usukapiren könne, liegt nach Gaius darin, dass die betreffende Sache spätestens in dem Moment, in welchem der Nicht-Eigenthümer sie dem *b. f. por.* übergibt, eine furtive wird; die Lösung dieser Schwierigkeit findet er dann, wie die Beispiele ergeben, darin, dass der Nicht-Eigenthümer, welcher dem *b. f. por.,* der usukapiren soll, die Sache gibt, seinerseits selbst auch *b. f. por.* sein kann. Und zwar nimmt Gaius der Abkürzung halber an, dass jener Nicht-Eigenthümer der erste ist, welcher die Sache, falls sie eine neuerzeugte ist (Kind der Sklavin), überhaupt, oder, falls sie eine schon länger existirende ist (Depositum beim Erblasser), nach dem Eigenthümer besitzt; jedoch ist klar ersichtlich, dass nichts geändert würde, wenn wir auch zwischen denjenigen *b. f. por.*, welcher usukapiren soll, und die Erzeugung der Sache oder den Eigenthümer noch mehrere Besitzer zwischenschöben; damit die letzte Hand ersitzen könnte, müssten alle vorhergehenden Hände genau denjenigen Bedingungen entsprechen, welche Gaius, wenn er den Lauf der Sache nur in den zwei ersten Händen in Betracht zieht, von der ersten derselben verlangt; die Wirkung des Ueberganges von der ersten zur zweiten muss sich beim Uebergange von der zweiten zur dritten und von der dritten zur vierten u. s. f. wiederholen, und zwar genau in derselben Weise; nur ist es nicht die Schwierigkeit, zweite, dritte, vierte Hände zu finden, welche *b. f. pores.* seien, also selbst usukapiren oder die Sache usukapirbar weitergeben könnten, mit welcher Gaius in seinen Beispielen kämpft; sondern die Schwierigkeit, eine in *bona fide* besitzende erste Hand zu finden, die Sache von der Erzeugung oder aus der Hand des Eigenthümers weg, ohne dass sie spätestens bei der durch die erste Hand vorgenommenen Veräusserung mit dem Makel der Furtivität behaftet würde, in den Verkehr zu bringen. In Folge dessen concentrirt sich die Darstellung auf die erste Hand; dass in der ganzen denkbaren Reihe der Folgenden jeder, im besten Glauben vom Eigenthümer erworben zu haben, selbst Eigenthümer zu sein glaube, ist leicht denkbar, man braucht nur anzunehmen, der erste habe dem zweiten sein Eigenthum glaubhaft versichert und es sei nie eine Störung dazwischen getreten; wie aber eine erste Hand finden, die nicht spätestens durch

ihre Weiterbegebung die Sache furtiv mache, das ist die Sorge des Gaius; er entrinnt ihr, indem er, wenn auch noch so singulär, so doch einige Fälle construirt, in welchen auch schon die erste Hand *b. f. por.* ist; ein solcher kann nicht stehlen, seine Veräusserung macht die Sache nicht furtiv, sondern lässt sie, da der zweite Besitzer nun auch einen Titel dazu erlangt, als eine bei diesem usukapirbare in den Verkehr treten. — Könnte dagegen die Sache auch dann, ohne furtiv zu werden, die Hand des Besitzers verlassen, wenn dieser ein *malae fidei possessor* wäre, so hätte Gaius diese ganze Rubrik von Fällen weder übersehen, noch absichtlich unerwähnt lassen können; es wäre dann die Schwierigkeit, für eine bewegliche Sache usukapirbar in den Verkehr zu treten, beschränkt auf die von ihrem Eigenthümer einem Detentor übergebenen oder dem Eigenthümer durch Diebstahl abhanden gekommenen Sachen; alle Sachen, welche ohne Diebstahl in den Besitz einer ersten Hand gekommen wären, wären und blieben auch bei noch so vielen weiteren Veräusserungen usukapirbar; sobald sie nur einmal zu einem *b. f. por.* kämen, würden sie usukapirt werden. Die ganze Schwierigkeit, über welche Gaius sich mühsam hinweghilft, fiele fort; wenn also Gaius diese Schwierigkeit in dem Umstande findet, welchen er durch den Satz nam qui alienam rem etc. auseinandersetzt, so muss er unter dem Veräussernden auch den *m. f. por.* verstanden haben; wir müssten ihm denn zutrauen, er habe bei Ueberlegung der ganzen Sachlage, Aufstellung von Regel und Beispielen[1]), bloss an den *detentor* und *b. f. por.* gedacht, den *m. f. por.* fortwährend vergessen. Eine solche Unwissenheit oder Nachlässigkeit aber zuerst bei Gaius an zwei Stellen seiner grösseren Werke; sodann bei den Verfassern der Justinianischen Institutionen, welche denn doch eventuell hier hätten eine Verbesserung einfügen müssen; und schliesslich bei den Compilatoren der Digesten, von welchen dasselbe gilt, anzunehmen; ein ganzes Gefüge von Irrenden und Irrthümern ineinandergreifen zu lassen, um schliesslich in einer so häufiger Wiederholung gewürdigten Stelle eine Trivialität zu finden — das wird man uns doch nicht zumuthen.

Dagegen liesse sich nur einwenden, die in der vorstehenden

---

[1]) Daran vermag auch die allgemeine salvatorische Clausel des § 6 nichts zu ändern.



Argumentation angenommene Möglichkeit, dass die erste Hand *m. f. por.* sei, ohne die Sache gestohlen oder sich auf ähnliche deliktische Weise verschafft zu haben, bestehe gar nicht; die erste Hand habe entweder gestohlen (oder was dem gleich steht) oder sei *b. f. por.*, oder *detentor;* ohne zu stehlen oder sich ähnlich zu vergehen, könne *m. f. por.* bloss eine spätere Hand werden; da aber Fälle, in welchen die Weiterveräusserung Seitens der späteren Hand die Usukapirbarkeit nicht ausschliesse, zu construiren nicht die Schwierigkeit sei, sondern es lediglich auf die erste Hand ankomme, so habe Gaius den bei ihr gar nicht vorkommenden Fall blosser *m. f. pio.*[1]) ausser Betracht lassen können. Dieser Einwand scheitert daran, dass es thatsächlich Fälle von blosser *m. f. pio.* in erster Hand gibt und zwar nicht nur seltene, vereinzelte, sondern ganze Reihen von Fällen solcher Art. Man denke an den besitzenden Eigenthümer, welcher durch Gesetz oder Richterspruch seines Eigenthums verlustig geht, davon erfährt und *animo* im Besitze bleibt, ohne irgend eine Handlung vorzunehmen, also Mangels *contrectatio* nicht Dieb, aber doch zweifellos *m. f. por.* wird. Man denke an den ähnlichen Fall desjenigen, welcher eine Sache, vielleicht aus der Inhabung eines andern weg, an sich nimmt, in der Meinung, er sei selbst Eigenthümer und übe z. B. Selbsthülfe aus, dann aber erfährt, dass nicht er, sondern derjenige, welchem er die Sache abgenommen hat, ihr Eigenthümer ist, und trotzdem *animo* im Besitze bleibt, ohne irgend eine Handlung vorzunehmen. Man denke ferner an uns schon bekannte Fälle; so diejenigen, in welchen jemand eine Sache findet, ihm ein Thier zuläuft, etwas durch den Wind zugeweht wird u. s. f.: der Betreffende stiehlt nicht, falls er Besitz ergreift ohne *animus lucri faciendi*, sei es in der schielenden Absicht, je nachdem sich die Sache machen werde, zu behalten oder herauszugeben, sei es in der unmittelbar redlichen Absicht des *negotiorum gestor.* Man denke ferner an denjenigen, welcher sich dolos obrigkeitlich die Sache übergeben lässt und sie so in Besitz nimmt, denn derselbe ist doch gewiss *m. f. por.* trotz des vielcitirten Satzes bona fide possidet, qui praeside auctore possidet, während man ihn anderer-

---

[1]) Unter „blosser *m. f. pio.*" verstehe ich der Kürze halber jede nicht diebisch erlangte *m. f. pio.*; wie unter „erster Hand" den ersten, welcher die Sache nach ihrer Trennung vom Eigenthümer oder von der erzeugenden Sache inhat oder besitzt.

seits als Dieb zu betrachten immerhin Anstand nehmen wird, wie beides bezeugt l. 1 i. f. C. de praescr. XXX vel XL annorum, wo derjenige, welcher die Sache dolos zum Verkaufe durch den *praeses* gebracht und dann selbst erstanden hat, als *mala fide emptor* bezeichnet und behandelt wird. Man denke endlich an den Erben, welcher in einer ihm zufallenden Erbschaft fremde Dinge, besonders Gelder, vorfindet und von ihnen Besitz ergreift, obschon er sie als fremde kennt, jedoch dabei sie zu berühren vermeidet, indem er das *corpus* herstellt etwa durch Erlangung der Inhabung der Kasse, in welcher diese Gelder mit solchen des Erblassers zusammen lagern, oder durch Erlangung der *custodia* über das Haus, in welchem die fremden Gegenstände mit eigenen des Erblassers sich befinden, wobei dann Diebstahl schon deshalb nicht supponirt werden darf, weil man noch gar nicht wissen kann, ob er nicht ganz ohne *animus lucri faciendi*, vollständig redlich gehandelt hat, wennschon er thatsächlich innerlich den *animus lucri faciendi* gehabt haben mag. In allen diesen Fällen liegt eine erste Hand vor, welche sich in blosser *m. f. pio.* befindet, ohne diebisch erworben zu haben, welche also, wenn weitere Verfügung des *m. f. por.* über die Sache und besonders Veräusserung derselben durch denselben *furtum* nicht wäre, die Sache usukapirbar in den Verkehr bringen könnte. Besonders interessant ist aber der letzte, uns aus l. 62 pr. D. 6, 1 bekannte Fall, weil ihn zu erwähnen dem Gaius a. a. O. so ganz besonders nahe gelegen hätte, nachdem er die objektive Sachlage — ein Erbe findet in der Erbschaft anvertraute Gegenstände und ergreift Besitz an denselben — einmal in Betracht gezogen und vom Standpunkt desjenigen Erben, welcher um die Eigenschaft der Sache als fremder nicht weiss, verwerthet hatte; schweigt er hier von dem so nahe liegenden Fall der l. 62 pr. cit., in welchem bloss subjektiv die Situation verändert ist, so kann dies nur darin seinen Grund haben, weil die Veränderung der subjektiven Verhältnisse genügt, um den Eintritt aus der ersten Hand in die Cirkulation zu einem solchen zu gestalten, welcher die Sache furtiv macht; d. h. abermals die von dem in *mala fide* befindlichen *possessor* vorgenommene Veräusserung ist Diebstahl.

Dass der Gedankengang, welcher uns zu diesem Ergebnisse geführt hat, genau von Gaius vorgezeichnet ist, sowie dass das Ergebniss selbst genau den Intentionen des Gaius entspricht,

bestätigt die, von den Gegnern auffallender Weise für sich citirte, aber von ihnen weder zum Abdruck gebrachte noch besprochene Paraphrase des Theophilus zu unserer Stelle. Dieselbe lautet, in ihrem griechischen Text nach der Reitz'schen Ausgabe und mit der Reitz'schen lateinischen Uebersetzung folgendermassen:

Ἄρα οὖν ὁ κλέπτης καὶ ὁ βίαιος δύναται οἰσουκαπιτεύειν; ἴσως προπηδήσας ἐρεῖς, ὅτι οὐδαμῶς, διὰ τὸ προσὸν βίτιον, ἐπειδὴ φούρτιβόν ἐστιν, ἢ βὶ πόσσεσσον· ἀλλ᾽ οὐ δεῖ σε τοῦτο λέγειν· ἐπελάθου γὰρ τῆς τάξεως, ἀλλὰ χρή σε λέγειν, μὴ προβαίνειν τὴν οὐσουκαπίονα διὰ τὸν προγενέστερον λόγον, τουτέστιν ἐπειδὴ mala fide νέμεται· οἶδε γάρ, ὅτι φούρτιβον ἢ βὶ πόσσεσσόν ἐστιν· εἰ δὲ ὁ βίαιος ἢ ὁ κλέπτης ἑτέρῳ τοῦτο παράσχῃ bona fide λαμβάνοντι, τότε, ὅσον μὲν ἐκ τῆς προτέρας ἀποκρίσεως, ἐπειδὴ bona fide νέμεται ὁ κατέχων τὸ πρᾶγμα, οὐκ ἐμποδίζεται ἡ οὐσουκαπίων, ἀλλὰ διὰ τὸ προσὸν τῷ πράγματι βίτιον κωλυθήσεται· ἔστι γὰρ φούρτιβον ἢ βὶ πόσσεσσον.

Num igitur fur vel violentus usucapere potest? forte praecipitans dices nequaquam propter vitium inhaerens, si quidem furtivum est vel vi possessum. Verum hoc te dicere non oportet: oblitus enim es ordinem: sed dicere te oportet, non procedere usucapionem propter priorem rationem. id est quoniam mala fide possidet. novit enim furtivum vel vi possessum esse. Si vero violentus vel fur alii hoc tradiderit bona fide accipienti, tunc, quantum ad priorem responsionem, quia bona fide possidet, qui rem detinet, usucapio haud impeditur, sed propter inhaerens rei vitium prohibebitur: est enim furtiva vel vi possessa.

Καὶ τί ἐστι φούρτιβον; φούρτιβόν ἐστιν, οὐ μόνον τὸ νύκτωρ ἢ μεθ᾽ ἡμέραν λάθρα λαμβανόμενον, ἀλλὰ γὰρ πᾶν πρᾶγμα κινητὸν ἀλλότριον, παρὰ γνώμην τοῦ δεσπότου ψηλαφώμενον· ψηλαφᾶν δέ ἐστι, τὸ ὡς δεσπότην ἀναστρέφεσθαι περὶ τὸ πρᾶγμα, καὶ πράττειν τὰ πρέποντα δεσπόταις ἐπ᾽

Et quid est furtivum? Furtivum est non solum quod noctu vel interdiu clam subripitur, sed omnis res aliena mobilis, quae praeter domini voluntatem contrectatur. Contrectare autem est ut dominum circa rem versari et facere quae dominis in ea licent. Sed si verum est hoc dictum, nunquam res aliena

αὐτῷ· ἀλλ᾽ εἰ ἀληθὲς τὸ εἰρημένον, οὐδέποτε ἀλλότριον πρᾶγμα δύναται οὐσουκαπιτένεσθαι· πᾶς γάρ, ὃς νέμεται τὸ ἀλλότριον πρᾶγμα, παρὰ γνώμην τοῦ δεσπότου ψηλαφᾷ, εἰ δὲ παρὰ γνώμην δεσπότου ψηλαφᾷ, φούρτιβον ἀποτελεῖ τὸ πρᾶγμα, εἰ δὲ φούρτιβόν ἐστιν, ἐπέχεται ἡ οὐσουκαπίων· ἐλλιπῶς ὁ ὅρος ἔχει καὶ δεῖ προσθεῖναι αὐτῷ τὸ κακῇ διαθέσει, καὶ λέγειν, ὅτι φούρτιβόν ἐστιν, οὐ μόνον τὸ νύκτωρ ἢ μεθ᾽ ἡμέραν λάθρα λαμβανόμενον, ἀλλὰ πᾶν πρᾶγμα κινητὸν ἀλλότριον, παρὰ γνώμην δεσπότου κακῇ διαθέσει ψηλαφώμενον· οὕτως γὰρ ἔχων ὁ ὅρος, ἀνελλιπής ἐστιν.

potest usucapi. Namque omnis, qui alienam rem possidet, praeter domini voluntatem contrectat; quod si praeter domini voluntatem contrectat, furtivam rem efficit. si autem furtiva est, inhibetur usucapio. Imperfecte igitur se habet definitio, eique addendum est malo animo ac dicere, furtivum esse non solum quod noctu vel interdiu clam subripitur, sed omnem rem alienam mobilem, quae praeter domini voluntatem malo animo contrectatur. Sic enim se habeus definitio, perfecta est.

§ IV. *Ἀλλὰ καὶ τούτου προστεθέντος, εὑρίσκομεν τὴν οὐσουκαπίονα μὴ προσβαίνουσαν· εἰ γάρ νέμεταί τις τὸ ἀλλότριον πρᾶγμα παρὰ γνώμην δεσπότου, κακῇ διαθέσει τοῦτο ψηλαφᾷ, καὶ ἀποτελεῖ αὐτὸ φούρτιβον· ἀλλ᾽ οὐκ ἔστι τοῦτο ἀληθές· ἐνδέχεται γὰρ τινα ψηλαφᾶν τό ἀλλότριον πρᾶγμα παρὰ γνώμην δεσπότου καὶ κλοπὴν μὴ ἁμαρτάνειν, διὰ τὸ ἐστερῆσθαι αὐτὸν κακῆς διαθέσεως· οἷον ὡς ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος, ἔχρησα ἐγὼ κ. τ. λ.*

§ IV. Atqui hoc etiam addito, invenimus usucapionem non procedentem. Si quis enim rem alienam praeter domini voluntatem possidet, malo animo eam contrectat furtivamque reddit. Sed hoc verum non est. Fieri enim potest, ut quis rem alienam praeter domini voluntatem contrectet et furtum tamen non committat, ideo quod is malo animo careat. Veluti in hac specie: Commodavi ego etc.

Folgen genau die von Gaius gegebenen Beispiele.

Erwägt man, dass hier verschiedentliche Male im griechischen Text wiederkehrt *κακῇ διαθέσει*, welches Reitz treffend

mittels *malo animo* wiedergibt; nimmt man hinzu, dass Theophilus ausdrücklich von der ersten Hand sagt, dass sie *νέμεται*, d. h. also für sie das technische Wort für *possidere* anwendet, während *habere*, *tenere*, *detinere* durch *ἔχειν*, *κατέχειν* ausgedrückt wird: so sieht man, dass er durch Gaius darauf gebracht worden ist, geradezu an den *m. f. por.* zu denken. Freilich ist Theophilus ja hier wie oft höchst frei und ungenau; und wenn er z. B. des Detentor gar nicht erwähnt, so soll deshalb entfernt nicht behauptet werden, auch Gaius denke nicht an diesen; aber dass Gaius jedenfalls an den in erster Hand besitzenden *m. f. por.* hat denken müssen und von diesem lehrt, er stehle durch Veräusserung, das dürfte doch aus dieser Umschreibung in Verbindung mit der vorhergehenden Analyse der Stelle unbedenklich hervorgehen.

Nur dieses Resultat ist für die Lehre von der Furtivität und Usukapirbarkeit der Sache von wesentlichem Interesse und darum von Gaius ausdrücklich gegeben; dass aber sicherlich, wenn die Veräusserung Seitens des in erster Hand besitzenden *m. f. por.* Diebstahl ist, dasselbe von der Veräusserung Seitens aller, in irgend welcher Hand besitzender *m. f. pores.* gelten muss, ist offenkundig, da vom Gesichtspunkte des Diebstahls aus es keinen Unterschied machen kann, welche Erlebnisse dieselbe Sache schon früher durchgemacht hat. Und so ergibt denn schliesslich wieder allgemein die Institutionen-Stelle, dass die von einem jeden *m. f. por.* vorgenommene Veräusserung der in *mala fide* besessenen Sache Diebstahl ist.

8) Ich glaube genügend nachgewiesen zu haben, dass sowohl die drei Stellen des Codex wie § 3 fg. der Institutionen sich ebensowohl auf *possessores* wie auf *detentores* beziehen. Wenn ich nunmehr noch einige allgemeinere Erwägungen an diejenige Behauptung der Gegner anknüpfen möchte, durch welche ein scharfer Gegensatz zwischen jenen beiden Kategorien von Inhabern einer fremden Sache in Bezug auf die Diebstahls-Möglichkeit aufgestellt wird, so geschieht dies weniger in dem Glauben, als sei dadurch die Sache zum Austrag zu bringen, welche ich vielmehr als eine durch die vorhergehenden Erörterungen bereits entschiedene betrachte; sondern lediglich, um die entfernteren und tiefergehenden Konsequenzen zu verfolgen, welche sich für das Rechtsleben ergeben, je nachdem man Pampaloni's und

Pfersche's neue Lehre, dass unter sonst, subjektiv wie objektiv, ganz gleichen Bedingungen der *m. f. por.* nicht stiehlt, wo der *detentor* stiehlt, annimmt oder verwirft; Konsequenzen, welche gar viel weiter reichen, als die Autoren dieser Lehre selbst meinen oder wenigstens ausdrücklich bemerkt haben. Uebrigens bleiben die früheren Ergebnisse selbstredend auch dann bestehen, wenn man die etwas weitergehenden nicht annehmen sollte, welche ich jetzt zu entwickeln mich anschicke.

Die vollständig herrschende Lehre geht dahin, dass der Detentor einer beweglichen Sache, um sich gegen den Willen desjenigen, für welchen er detinirt, zum Besitzer zu machen, stehlen müsse. Wäre dieser Satz nicht zutreffend, wäre Besitzübergang an den Repräsentanten gegen den Willen des Repräsentirten ohne Diebstahl des ersteren möglich, so ergäbe sich die von Pampaloni und Pfersche aufgestellte Lehre, nach welcher der *detentor* durch Veräusserung stiehlt, der *m. f. por.* nicht stiehlt, als eine praktisch völlig unanwendbare, illusorische. Der bisherige *detentor,* welcher, wenn er als solcher zur diebischen Veräusserung vorgeht, Diebstahlstrafe auf sich nimmt, brauchte dann, um diesen zu entgehen, nur sich zuerst zum Besitzer zu machen und sodann zu veräussern; da dies jederzeit in seiner Macht läge, würde er sich so jeder Strafe entziehen können. Ferner würde dann jedes Mal, so oft die Frage entstände, ob derjenige usukapiren kann, welcher die Sache *bona fide* von einem solchen, der sie selbst vom Eigenthümer hatte, erworben hat, die Beantwortung dieser Frage von der Unterfrage abhängen, ob der Veräussernde noch bis zum Momente der Veräusserung *detentor* war, dann wäre die Sache durch die Veräusserung furtiv geworden; oder ob er vielleicht vorher schon Besitz an ihr ergriffen hatte, dann wäre sie durch die Veräusserung nicht furtiv geworden. Diese Unterfrage aber würde nicht nur meist sehr schwer zu lösen sein, sondern es fiele durch ihr Vorherrschen auch ein ganz ungebührlicher Nachdruck für das Recht des dritten gutgläubigen Erwerbers auf das Verhalten, welches seinem Auctor zwischenzeitig einzuschlagen beliebt hätte. — So erführe, wäre die herrschende Ansicht über den Besitzerwerb des Repräsentanten falsch, die gegnerische Lehre vom Unterschiede zwischen *detentor* und *m. f. por.* eine starke Erschütterung; dagegen gewänne unsere Anschauung, welche *detentor* und *m. f. por.* sowohl in den drei Con-

stitutionen wie in der Institutionen-Stelle einander gleichgestellt und gleichzeitig behandelt findet, eben damit eine weitere Befestigung. Mancher dürfte es vielleicht noch als auffallend betrachten, wenn die Quellen Detentor und bösgläubigen Besitzer so kurzer Hand zusammenfassen; einerseits würde ja allerdings dieses Bedenken [1]), selbst wenn der Satz der herrschenden Lehre über den Besitzerwerb des Repräsentanten wahr ist, nicht hinreichen, um gegen die nun einmal quellenmässige Thatsache vorzugehen; andererseits bleibt, selbst wenn jener Satz der herrschenden Lehre falsch ist, immerhin noch ein theoretisch scharfer Unterschied übrig zwischen der Lage desjenigen, welcher als *detentor,* und der Lage desjenigen, welcher als *m. f. por.* veräussert; aber gar viel natürlicher anschauen und erklären liesse sich allerdings die quellenmässige Gleichordnung, wenn jener Satz der herrschenden Lehre falsch wäre, da dann im praktischen Leben die Stellungen eines *m. f. por.* und Detentor vielmehr ineinanderübergehen und -übergreifen würden: es fiele dann eben der scharfe Grenzstrich des Diebstahls zwischen diesen beiden Lebenslagen fort.

Von allen Seiten werden wir so dazu gedrängt, jenen Satz der herrschenden Lehre auf seine Richtigkeit zu prüfen; der Stand der Litteratur ist folgender. [2])

v. Savigny [3]) behauptet, der Repräsentant fremden Besitzes werde gegen den Willen des Repräsentirten selbst zum Besitzer nur, indem er zugleich ein *furtum* begehe; zu beidem aber sei körperliche Einwirkung auf die Sache, *loco movere* derselben,

---

[1]) Welches ich bezeichnen möchte als ein Ueberbleibsel der alten, vielfach noch unwillkürlich in ihren Folgen wieder angenommenen Lehre, nach welcher Diebstahl ohne Besitz-Entziehung unmöglich und deshalb allerdings die Kluft zwischen dem dem Herrn den Besitz entziehenden untreuen Detentor und einem schon besitzenden Veräusserer unüberspringbar wäre. Diese Lehre selbst ist mit Recht ganz aufgegeben; vgl. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Rechts II, § 188, Note 45 d; Arndts, Rh. Museum II, S. 132, Note 9; Unterholzner, Verjährungslehre, I 208; Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV, S. 189; Schirmer, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abth. V (1884), S. 211 fg.; u. a. m.

[2]) Genauere Litteratur-Angaben siehe bei Baron am sogleich anzugebenden Orte S. 148, Noten 176—178.

[3]) v. Savigny, Besitz (7. Ausg. besorgt von Rudorff), S. 364—367.

nothwendig. Ihm folgen eine Reihe von Autoren [1]), seine Meinung war eine Zeit lang unbedingt die herrschende.

Gegen dieselbe sind nacheinander, in der Begründung mannigfach von einander abweichend, in den Resultaten aber grösstentheils zusammentreffend aufgetreten zuerst [2]) Schirmer, in einem Aufsatze „Ueber den Verlust des Besitzes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen“ [3]); sodann H. Witte, in seiner Arbeit „Ueber Schutz durch Interdikte“ [4]); und Baron, bei Gelegenheit der Abhandlung „Zur Lehre vom Erwerbe und Verlust des Besitzes“. [5]) Alle diese behaupten ebenfalls, Besitzergreifung und *furtum* Seitens des Repräsentanten fallen zusammen; es soll aber nach ihnen für beides Aeusserung des *animus sibi possidendi* in beliebiger Form genügen, auch ohne jede körperliche Einwirkung, diese blosse Aeusserung als solche sei schon *contrectatio.* Ihnen sind für den Punkt, dass Besitzerwerb Seitens des Repräsentanten möglich ist ohne körperliche Einwirkung, beigetreten bei Gelegenheit der Behandlung der Besitzlehre, deshalb auch ohne über den andern Punkt, ob mit diesem Besitzerwerb stets schon Diebstahl vorliege, sich auszusprechen, Meischeider [6])

---

[1]) Siehe Baron, a. a. O., Note 176. — Hierher gehört auch Puchta, kleinere civilistische Schriften, S. 444, welcher aber lediglich von dem Gesichtspunkte ausgeht, dass der Besitz-Uebergang auf den Repräsentanten sonst ja nicht erkennbar wäre; ihm wäre also schon genug geschehen, wenn man nur Erkennbarkeit der Besitzergreifung forderte, wie sie entschieden gefordert werden muss, aber auch ohne Diebstahl und ohne *loco movere* vorliegen kann. — Ganz unter v. Savigny's Herrschaft steht offenbar Klien, Revision, S. 247 fg.

[2]) Freilich hatte schon Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I, 399 gegen die Ansicht v. Savigny's polemisirt, als beraube der *animus sibi possidendi* des Repräsentanten den Repräsentirten des Besitzes nicht, dabei aber zugegeben, dass dieser *animus* nicht ausreiche, um den Repräsentanten zum Besitzer zu machen; eine Trennung der beiden zusammengehörigen Vorgänge, des Besitzverlustes auf der einen und des Besitzerwerbes auf der anderen Seite, welche, wie Sintenis, Praktisches Civilrecht (2. Ausgabe), § 45, Note 28 (I 461) sehr treffend bemerkt, von v. Savigny schon im Voraus als unzulässig nachgewiesen war.

[3]) Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F., XI. S. 397 fg.

[4]) Ebendas. N. F. XVIII. S. 293—299.

[5]) Dogmatische Jahrbücher VII, S. 146—162.

[6]) Meischeider, Besitz, S. 353 fg.

und vor allem Windscheid[1]), während Böcking[2]) eine gleichartige Ansicht schon früher in seinen Pandekten niedergelegt hatte.

Wie man sieht, richtet sich die Controverse auf die Frage, was zum Besitzerwerb des Repräsentanten, mit welchem dieser stets einen Diebstahl begehen soll, nothwendig sei; Einigkeit herrscht für die Anschauung, dass, was zu diesem Besitzerwerbe, auch zum Diebstahl genügt. Eben dies letztere nun möchte ich leugnen; mit Schirmer und den ihm nachfolgenden bin ich, gegen v. Savigny, der Ansicht, dass der Repräsentant Besitz erwirbt schon durch jedwede Aeusserung des *animus sibi possidendi;* mit v. Savigny bin ich, gegen Schirmer und die ihm nachfolgenden, der Ansicht, dass der Repräsentant stiehlt nur durch eine körperliche Behandlung, wie ich eine solche jedoch wieder abweichend von v. Savigny über das mechanische *loco movere* weit hinaus als vorliegend anzuerkennen bereit bin. Ich behaupte also, dass der Repräsentant zuerst, ohne zu stehlen, Besitz ergreifen und dann noch stehlen kann; während allerdings, wenn er die Sache stiehlt[3]), darin stets Besitzergreifung liegt. Ich bin auch nicht nur Willens, diese meine Ansicht bloss vom subjektiven Gesichtspunkt des *animus* aus zu begründen, etwa weil der Repräsentant ganz ehrlicher oder wenigstens nicht diebischer Weise Besitz ergreifen könnte, ohne *animus lucri faciendi,* so dass er dann allein deshalb nicht stähle; dieser Fall dürfte nach unseren früheren Ausführungen klar liegen, aber, wenn man sich auf ihn beschränkte, eine höchst seltene und praktisch kaum verwerthbare Ausnahme bilden[4]); sondern ich nehme an, dass rein objektiv die Fassung und Aeusserung des *animus sibi possidendi* wohl stets den Thatbestand der Besitzergreifung, nicht aber

---

[1]) Windscheid, Pandekten, I. § 157, S. 525, Note 6.

[2]) Böcking, Pandekten I, § 123, Note 22.

[3]) *Furtum rei;* dass *furtum usus* von Seiten des blossen *detentor,* der solcher bleibt und den *animus rem sibi habendi* gar nicht fasst, sondern die Sache bloss, wie es vielleicht einem anderen Detentor gestattet wäre (Depositar, Commodatar), benutzen will, keinen Besitzerwerb mit sich bringt und überhaupt für diese ganze Frage nicht in Betracht kommt, ist selbstverständlich.

[4]) Ganz unbenutzbar ist dieser Fall jedoch keineswegs; so war oben der Grund, warum der Erbe, von welchem m. A. l. 62 pr. D. 6, 1 handelt, nicht stiehlt, auf ihn zu stützen.

immer schon für sich allein den Thatbestand des *furtum* ergeben.

a) Die blosse Fassung und Aeusserung des *animus sibi possidendi* ist hinreichend, den Repräsentanten fremden Besitzes zum Besitzer zu machen.

Dass dies an und für sich aus den allgemeinen Regeln über Erwerb des Besitzes folgt, gibt v. Savigny selbst zu Anfang seiner diesbezüglichen Erörterungen zu; es hätte also die gegnerische Ansicht den Nachweis der Existenz besonderer Regeln für diesen Fall zu führen. Zu diesem Zweck beruft sich v. Savigny wesentlich auf den Satz Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest; dem, was gegen diese Anwendung desselben Schirmer, Witte und besonders Baron[1]) ausgeführt haben, brauche ich bloss zuzufügen, dass er überdies auch schon deshalb nichts, weil zu viel beweist; könnte sich der Dritte in Folge dieses Satzes zum Besitzer durch blosse Erklärung nicht machen, so auch nicht durch Diebstahl, denn auch indem er stiehlt, mutat sibi ipse causam possessionis.' Ohnehin werden wir heutzutage schwerlich mehr geneigt sein, eine singuläre Rechtsregel für einen Special-Fall aus einem solch allgemeinen Rechts-Sprichwort zu deduciren.

Mit dieser Widerlegung der Gegner könnte man sich schon begnügen; jedoch sind wir hier in der angenehmen Lage, sogar unmittelbar vom Besitzerwerb des Repräsentanten handelnde und positiv für uns beweisende Quellenstellen anführen zu können. Zuerst sei genannt l. 1 § 9 D. quod legatorum 43, 3 (Ulpianus).

> Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem. Movet illud primum, quod non possidet is, qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod

[1]) Baron's Beweisführung lässt sich etwa dahin zusammenfassen: die Regel *nemo etc.* leidet auf den Detentor und dessen Verwandlung zum Besitzer keine Anwendung; „denn der Detentor hat keine *possessio,* also auch keine *causa possessionis*, und weil er keine *causa possessionis* hat, so kann er auch nicht eine andere dafür eintauschen.“ Dafür sprechen l. 3 § 20 und l. 19 § 1 D. de a. v. a. poss. 41, 2; dagegen der erste Satz (quod vulgo-naturalis intelligatur) der l. 2 § 1 D. pro herede 41, 5; dieses letztere Fragment aber bildete bei seinem Autor Julianus die Fortsetzung zu dem uns als l. 33 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3 erhaltenen und jener erste Satz ist von den Compilatoren eingeschoben.

praetorem habet huius rei auctorem. Tutius tamen erit dicendum, hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur.

Wenn man hier einen Besitzerwerb in dem blossen concludenten Faktum erkennt, dass der prätorisch Eingewiesene die Sache, trotzdem die prätorische Einweisung ihr Ziel erreicht hat, behält; so ist damit klargelegt, dass der irgendwie, selbst stillschweigend geäusserte *animus sibi possidendi* zum Besitzerwerbe genügt. — Ferner kömmt in Betracht das Ende von l. 20 D. de a. v. a. poss. 41, 2 (Marcellus):

nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, quum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim si alia quaepiam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?

Demnach genügt das blosse *non reddere* zum Besitz-Erwerb, wenn durch dasselbe der *animus possessionem intervertendi,* d. h. doch *sibi adquirendi* zu Tage tritt. — Noch entscheidender aber ist endlich l. 9 § 9 D. de rebus creditis 12, 1 (Ulpianus):

Deposui apud de decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus etiam antequam moveantur condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt. et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Wegen der Umstände, unter welchen ein Depositum in ein Darlehn übergeht, mag man trotz dieser Stelle zweifeln; für unsere Frage ist ihre Wendung „*animo coepit possidere*“ schlagend.[1])

Unter diesen Umständen wird man auch in dem Anfange von l. 47 D. de a. v. a. poss. 41, 2 (Papinianus):

Si rem mobilem, apud de depositam aut ex commodato, tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est

die Schlussworte responsum est nicht mit v. Savigny als bloss referirende, während Papinian selbst abweiche, sondern als billigende umsomehr aufzufassen haben, als ihnen eine eigene Begründung von Papinian beigegeben ist, wie seither vielfach

---

[1]) Gegen die aus l. 10 eod. zu gewinnenden Gegen-Argumente siehe Baron, a. a. O., S. 154/155.

bemerkt wurde. Auch vermögen gegen den hiermit erbrachten Quellenbeweis nichts solche Stellen [1]), welche besagen, dass der Detentor, indem er die Sache ableugne, oder den *animus infitiandi* fasse, noch nicht Besitzer werde; denn der *animus sibi possidendi* ist eben noch etwas ganz Anderes, als der *animus infitiandi*; dieser ist ein rein Negatives, dem alle möglichen Wünsche und Verhältnisse zu Grunde liegen können, wie er den Repräsentanten zum Besitzer machen sollte, ist gar nicht abzusehen; erst indem er sich zum positiven *animus sibi possidendi* steigert, kann er Ursache des Besitzerwerbes werden; wenn letzterer aber, wie beim Repräsentanten der Fall, das *corpus* schon vorhanden vorfindet, so ist damit der Besitzerwerb ohne weiteres vollendet.

b) Zum Diebstahl ist stets, auch wenn er von Seiten eines schon die Sache inhabenden ausgeht, eine körperliche Disposition über die Sache nothwendig.

Vermochte ich mich für den ersten Theil meiner Behauptung darauf zu berufen, dass dieselbe den allgemeinen Regeln über Besitzerwerb entspricht; so befinde ich mich hier in einer ähnlich günstigen Lage; ich kann mich darauf berufen, dass dieser zweite Theil meiner Behauptung sowohl den allgemeinen Regeln des Strafrechtes überhaupt wie denjenigen über Diebstahl und Unterschlagung im besonderen entspricht; und zwar, was die theoretischen Grund-Begriffe anlangt, sowohl im modernen wie im gemeinen wie im Römischen Straf-Recht.

Nach unserem heutigen Strafrecht steht die Sache so. Eine strafbare Handlung kann regelmässig nicht in der blossen Aeusserung eines Willens bestehen; soll jemand ein Delikt begehen, so muss er auf die Aussenwelt wirken, in dieselbe handelnd eingreifen, eine Absicht oder auch die blosse Aeusserung einer Absicht können niemand zum Verbrecher machen, es sei denn, dass sie zu einer wahren Handlung in einem einzelnen bestimmten Fall durch eine besondere strafrechtliche Vorschrift gestempelt werden, wie ja auch das blosse Nicht-Handeln unter Umständen zur Strafe gezogen werden kann; man denke beispielshalber an

---

[1]) Hauptsächlich kömmt in Betracht l. 3 § 18 D. de a. v. a. p. 41, 2, ihrem klaren Inhalt nach; . . . . sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas . . . . recte responderunt, possessorem me manere. Auf die Schwierigkeiten dieser Stelle kommen wir später.

das Delikt der Drohung [1]), bei welchem die Aeusserung der Absicht, den Bedrohten tödten oder dgl. zu wollen, deshalb bestraft wird, weil sie nach aussen, den Rechtsfrieden störend und die Ruhe des Bedrohten verletzend, wirkt. So könnte das positive Recht auch die reine Aeusserung des Entschlusses, eine fremde Sache besitzen zu wollen, als Bedrohung der Besitzessicherheit, bestrafen; oder es könnte diese Aeusserung bloss dann bestrafen, wenn sie vom Detentor ausgeht, weil dann durch sie nach den Resultaten der vorhergehenden Betrachtung der Besitz nicht bloss in seiner Sicherheit erschüttert, sondern geradezu gestört wird; aber alle unsere Criminalisten sind darüber einig, dass das positive Recht eine derartige Bestimmung nicht enthält, dass insbesondere das Delikt der Unterschlagung einer besonderen Aneignungs-Handlung bedarf und diese in dem alleinigen Fassen und beliebigen Aeussern des *animus rem sibi habendi* nicht gefunden werden kann. Vielmehr wird dies selbst nach der zur weitesten Strafbarkeit neigenden Ansicht — andere Autoren gehen nicht einmal so weit — zur Unterschlagungs-Handlung erst dann, wenn nun im weiteren Fortschritte der Dinge trotz berechtigtermassen geforderter Rückgabe dem Eigenthümer die Sache vorenthalten wird; sei es dass der Repräsentant ganz dem Eigenthümer gegenüber ableugnet, die Sache zu haben; oder dass er eingesteht, sie zu haben und zurückgeben zu müssen, aber doch nicht zurückgibt. Alsdann liegt in dem betr. Verfahren — nicht in der Aeusserung darüber, sondern in dem Verfahren selbst — eine Disposition über die Sache, durch die dauernde Versagung der mit Recht geforderten Herausgabe wird die Sache unterschlagen; daher denn auch hier wieder keine Unterschlagung vorliegt, wenn sich im concreten Falle Umstände ergeben, welche ein Retentions-Recht oder dgl. begründen oder sonst die Zueignungs-Absicht als ausgeschlossen erscheinen lassen. Resultat ist jedenfalls, dass es zur Unterschlagung von Seiten des Inhabers einer Sache einer neuen Disposition über dieselbe bedarf, dass der in beliebiger Form manifestirte Willen des Inhabers, sie behalten zu wollen, nur dann genügt, wenn hinter ihm eine solche Disposition steckt, für sich allein aber nun und nimmermehr. [2])

---

[1]) StGB. § 240, 241.

[2]) Vgl. über alle diese Punkte, in Bezug auf deren wesentlichere sie alle einig sind: die Lehrbücher von v. Wächter (Deutsches Strafrecht),

Verhielte es sich anders, so müsste ja schliesslich selbst derjenige wegen Unterschlagung heute, wegen *furtum* nach Römischem Rechte bestraft werden, welcher die Sache *nomine alieno* detinirt, die ernsthafte Absicht fasst, sie zu unterschlagen, diese Absicht gelegentlich äussert, dann aber, vom Eigenthümer zur Rückgabe aufgefordert, vor den Folgen erschrickt und herausgibt; bestände das Delikt in dem geäusserten Entschlusse, so könnte weder nach heutigem noch nach Römischen Rechte [1]) die spätere Herausgabe etwas ändern; den Richter aber wolle man suchen, welcher den Betreffenden ins Gefängniss zu schicken geneigt sein sollte! In dieser Beziehung vermag kein Unterschied zwischen unserem Strafrecht und dem Römischen Privatstrafensystem anerkannt zu werden; es liegt hier das Grundprincip allen Strafrechtes vor, dass regelmässig ein Delikt nur in einer körperlich eingreifenden Handlung, nicht in einer blossen Aeusserung gefunden werden darf; Vernachlässigung dieses Grundsatzes würde sich in der angegebenen Weise rächen; wie denn auch alle mehr criminalistisch geschulten Juristen, welche für diese Frage das gemeine Recht untersucht und dabei die Besitz-Verhältnisse weniger berücksichtigt haben, ganz unserer Ansicht sind. [2]) Dieselbe findet dann im Römischen Recht ihren besonderen Ausdruck und ihre wesentliche

S. 426, No. 3; Hugo Meyer (1875) S. 481; Merkel (in v. Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts III) S. 699; Schütze (1871) II, S. 445; v. Liszt (2. Aufl.) S. 348, No. 3; Berner (9. Aufl. 1877) S. 540, No. 1; Haelschner, II, 1, S. 350. — Ferner die Commentare zu StGB. § 246 von Oppenhoff (welcher besonders klar eine positive Thätigkeit fordert), No. 32—36 (10. Aufl. 1885, S. 568 fg.); von Rüdorff (2. Aufl. S. 432, letzter Absatz); und von v. Schwarze (3. Aufl., S. 623, letzter Absatz). — Endlich aber vor allen die streng correkten Motive zu § 246, wie sie z. B. bei Rüdorff und v. Schwarze, a. a. O., gerade soweit sie sich auf unsere Frage beziehen, zum Abdruck gebracht sind.

[1]) l. 66 D. h. t. 47, 2.

[2]) So bemerkt auch schon Schirmer, a. a. O., S. 475, Note 162, indem er anführt: Dollmann, Entwendung, S. 19, Abegg, Strafrechtswissenschaft (1836) § 351, S. 463, Note, und speciell v. Wächter, Rechtslexikon Bd. II, S. 365 „der Thäter muss auch hier die Sache ergreifen in der Absicht, sie sich zuzueignen". Siehe ausserdem noch v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts II, S. 272, Note 43; Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht, S. 341; schliesslich übrigens auch Puchta, a. a. O. z. E.: „(es bedarf) bei beweglichen Sachen einer Bemächtigung, *contrectatio,* wie sie zur Begehung eines *furtum* nothwendig ist."

Stütze darin, dass dasselbe als ein wesentliches Erforderniss des Diebstahls die *contrectatio* aufstellt. Von dieser aber heisst es in l. 52 § 19 D. h. t. 47, 2 (Ulpianus):

> Neque verbo neque scriptura quis furtum facit; hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est.

Klar ist hiermit für die Contrektation eine körperliche Behandlung der Sache gefordert, eine bloss mündliche Willensäusserung ist ausdrücklich für unzureichend erklärt. Zur Frage könnte dem gegenüber, gerade wie im deutschen Strafrecht, wieder nur kommen, ob auch nur Nicht-Herausgabe an den berechtigter Weise fordernden Eigenthümer schon eine genügende Verfügung über die Sache enthalte, damit man von Contrektation reden könne, oder ob letztere ohne körperliche Berührung, *loco movere*, geradezu undenkbar sei. Da scheint nun die körperliche Berührung allerdings der Ausgangspunkt gewesen zu sein, nach und nach aber eine Erklärung Platz gegriffen zu haben, deren letztes Ergebniss uns Theophilus[1]) überliefert, wenn er die Handlungsweise dahin bestimmt, dass sie besteht in einem *ut dominum cira rem versari et facere quae dominis in ea licent;* jedoch selbst bei dieser weitestgehenden Ausdehnung handelt es sich doch noch immer um Dispositionen über den Körper der Sache, nicht um blosse Willensäusserung. Mit der Definition des Theophilus stimmt es daher vollständig überein, wenn wir einerseits aus l. 68 pr. D. h. t., auf deren übrige Bestimmungen anderweitig zurückzukommen sein wird, erfahren[2]), dass blosses Ableugnen der Sache kein Diebstahl ist, so nahe es auch an denselben heranstreift; andererseits aber in l. 44 D. de a. r. d. 41, 1 bemerkt finden, dass der Inhaber, *cum reposcenti non reddit,* stiehlt. Wer eben eine Sache hat, ohne dass ihm irgend welches Recht sie zu haben oder zeitweilig zurückzubehalten zustände[3]), und sie dem sattsam legitimirten zurückfordernden Eigenthümer nicht heraus-

---

[1]) In der oben citirten Stelle.

[2]) Verbis: Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est).

[3]) So lange er irgendwie ein solches Recht hat, liegt die Sache anders; er stiehlt so lange nicht nur durch *non reddere* nicht, sondern erwirbt nicht einmal dadurch den Besitz, l. 20 D. 41, 2 supra cit.

gibt, der verfährt mit ihr wie der Herr, der trifft gerade dadurch, dass er sie nicht herausgibt, eine körperliche Verfügung über sie, durch welche er contrektirt und stiehlt. Wenn Baron a. a. O. meint, den Schluss der l. 44 cit. als Beweis anführen zu können dafür, dass durch die blosse Aeusserung der Aneignungsabsicht *furtum* begangen werde, so übersieht er dabei den Unterschied zwischen einer solchen beliebigen Aeusserung und dem thatsächlichen *non reddere,* welches überdies die folgenden Worte noch näher in meinem Sinne charakterisiren, indem sie von dem betr. Diebe sagen, er stehle, da er *supprimere et intercipere videtur;* im Gegentheil spricht l. 44 cit. für meine Ansicht, dass die *contrectatio* eine körperliche Verfügung über die Sache enthalten müsse, indem sie den letzten Punkt deutlich bezeichnet, über welchen hinaus diese Körperlichkeit des Erfordernisses nicht abgeschwächt werden darf.

Selbstverständlich war sie bis zu diesem letzten Punkte zu gehen nur im Stande, indem sie von einem Falle handelt, in welchem derjenige, der stehlen soll, sich schon in der Inhabung des zu stehlenden Gegenstandes befindet; in anderen Lagen könnte von einer Aneignung ohne körperliche Einwirkung ja gar nicht die Rede sein; wird also das Erforderniss der *contrectatio* in eine solche körperliche Einwirkung auch nach l. 44 cit. gesetzt, so ist dies für uns um so entscheidender, als diese Stelle nicht allgemein vom *furtum,* sondern von einer unserer Unterschlagung entsprechenden Sachlage handelt, bei welcher eben der Repräsentant fremden Besitzes stiehlt.

Ebenso sagt l. 1 § 2 D. h. t. 47, 2 (Paulus):

Sic is qui depositum abnegat non statim etiam furti tenetur, sed ita si id intercipiendi causa occultaverit.

Diesem Fragment gegenüber will sich die entgegengesetzte Anschauung damit behelfen, es handle sich hier nur um ein Beispiel[1]; aber doch wohl um ein Beispiel, welches etwas belegen soll; belegen soll es den vorhergehenden Paragraphen:

§ 1 eod. — Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem.

Wenn nun dieser § 1 nur deshalb zuträfe, weil das blosse

[1]) Schon eher trifft diese Einrede zu gegen l. 45 D. pro socio 17, 2; jedoch ist immerhin für uns erwähnenswerth, dass auch dort die Beispiele sämmtlich Fälle körperlicher Einwirkung sind.

Denken ohne Aeusserung im Rechte nie etwas wirkt, wie die Gegner zu interpretiren gezwungen sind, weshalb dann zum Belege für eine derartige Trivialität, welche an die Spitze des Titels zu stellen die Compilatoren für würdig erachtet hätten, ein Beispiel wählen, in welchem noch ein ganz Bedeutendes mehr, als blosse Aeusserung zu dem Denken hinzukommt? Da liegt denn doch viel näher, wie von Seiten der Criminalisten stets geschehen ist[1]), *cogitatio* hier als den rechtlich relevanten, ausgedrückten Gedanken zu fassen; und zu übersetzen: „der blosse *animus*, die blosse Absicht zu stehlen, wennschon Dritte von ihr wissen, wennschon sie geäussert ist, macht nicht zum Diebe"; alsdann liefert § 2 ein zutreffendes, nicht, wie sonst der Fall sein würde, ein irreführendes Beispiel. Dass aber *cogitatio* diesen Sinn hat, geht weiter zurückgreifend wieder aus dem *pr.* der Stelle hervor, auf welches § 1 mit seinem *„Inde"* hinweist; da bemerkt Paulus, das Wort *furtum* komme her von *ferre* oder *auferre;* unmöglich kann er darauf in § 1 fortfahren: Daher genügt es nicht für das *furtum,* den *animus furandi* zu haben, sondern derselbe muss sich auch irgendwie äussern; nein, einzig logisch fährt Paulus fort: daher genügt es nicht, den *animus furandi* zu haben, sondern derselbe muss sich auch in einer körperlich auf die Sache einwirkenden Handlung äussern[2]); und um dies zu belegen, wählt endlich § 2 einen Fall, in welchem gerade am leichtesten die Ansicht, zum *furtum* genüge die blosse Willensäusserung, Anhalt hätte gewinnen können, einen Fall nämlich, in welchem sich die Sache schon in der Hand desjenigen, welcher stehlen soll, befindet, während, wo dies nicht der Fall, die *cogitatio* blosses Planen und Wünschen wäre, also ohnehin niemand auf den Gedanken kommen würde, in ihr Diebstahl zu erblicken. Deshalb nimmt Paulus unser Beispiel vom Depositar und stellt einander als Handlungsworte bei diesem Beispiele gegenüber abnegat — occultavit; hätte er bloss sagen wollen, dass *abnegare* deshalb nicht genügt, weil es nicht immer für sich allein einen ganz

---

[1]) Vgl. v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts II, S. 277, Note 43.

[2]) Vgl. ferner l. 15 D. ad exhibendum X, 4: Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait ... mit freilich abschwächender Fortsetzung.

sicheren Rückschluss auf das Vorhandensein des *animus furandi* gestattet, so wäre nichts einfacher gewesen, als zu schliessen:

sed ita, si id (nämlich das denegare) intercipiendi causa fecerit;

mit *occultaverit* aber fällt der Nachdruck auf den Gegensatz zu der blossen *cogitatio,* durch welchen die ganze Stelle ihren geschlossenen Zusammenhang gewinnt. In demselben sagt sie uns, dass es zum *furtum* einer körperlichen Behandlung der Sache bedarf; einer solchen bedarf es selbst dann noch, wenn die Sache sich schon in der Hand dessen, der stehlen soll, befindet; die Einwirkung auf die Sache ist nicht bloss ein Mittel, sich die zum *furtum* nöthige Macht über sie zu verschaffen, sondern Thatbestands-Merkmal des *furtum.*

Dasselbe betonen, nach der einzig natürlichen Auslegung, die Schlussworte von l. 3 § 18 D. de a. v. a. poss. 41, 2.[1])

. . . quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

Baron allerdings a. a. O. meint, dem ganzen Zusammenhang der Stelle nach sei hinter „animo" aus dem vorhergehenden zu ergänzen „infitiandi", wodurch die hier abgedruckten Worte bei l. 3 § 18 bloss die aus l. 68 pr. cit. D. h. t. 47, 2 uns schon bekannte Thatsache wiederholen würden, dass der *animus infitiandi* zum Diebstahl nicht genügt; die Erklärung, dass er bloss deshalb nicht genügt, weil in ihm noch keineswegs stets die Aneignungs-Absicht gegeben ist, wie er denn ja ebendarum nicht zum Besitzerwerb genügt, läge dann nahe; und die Möglichkeit, dass *animo furandi furtum committatur,* wäre dann in l. 3 § 18 nicht geleugnet. Aber es haben doch wohl gegen Baron Recht v. Savigny[2]) und Witte[2]), welche *animo* in seiner gewöhnlichen Bedeutung, etwa gleich *animo solo,* als den Gegensatz zu einer körperlichen Handlung bezeichnend verstehen, wo dann der vorhandene *animus* als gerade auf das, worauf es in jedem einzelnen Falle ankömmt, gerichtet, also hier als *animus furandi,* sonst wohl häufig als *animus acquirendae* oder *retinendae possessionis* von selbst gelten muss. Das entspricht nicht nur dem allgemeinen Sprachgebrauche unserer Quellen[3]), sondern auch der natürlichen

[1]) Vgl. oben S. 140, Anm. 1; und unten sogleich unter c.

[2]) A. a. O.

[3]) S. l. 3 § 8; l. 27; l. 30 § 5; l. 44 § 1, 2 D. 41, 2; u. s. f.

Auffassung dieses Fragmentes. Wollte der Jurist sich auf das räumlich doch recht weit entfernte „*infitiandi animo*“ zurückbeziehen, so musste er diese Absicht, mindestens durch irgend ein verweisendes Fürwort, umsomehr andeuten, als „*animus infitiandi*“ nicht einmal eine geschlossene, regelmässige, technische Verbindung, wie etwa *animus possidendi, animus lucri faciendi* od. dgl. m. ist, sondern bloss eine vorübergehend, zur Schilderung eines einzelnen Falles gebildete Wendung; der Zusammenhang mit diesem einzelnen Falle ist aber durch die zwischen-gelagerte Verweisung auf allgemeine Diebstahls-Erfordernisse unterbrochen, wie eine solche doch jedenfalls liegt in dem Satze: quia furtum sine contrectatione fieri non potest. Dagegen entspricht nichts besser dem Verfahren der Römischen Juristen, als dasjenige, welches wir antreffen, wenn wir annehmen, dass das zweite Glied des Schlusssatzes das, was uns sein erstes Glied von der positiven Seite gezeigt hat, von der negativen Seite abermals, in etwas ergänzender Form, vorführt; es bedarf der Contrektation und es genügt nicht der blosse *animus;* das besagt der Schlusssatz und das heisst zusammengefasst: durch den blossen *animus* kann es nicht zu der Contrektation, deren es bedarf, kommen. — Wenn jedoch Witte, welchem wir soweit uns anschliessen können, nun wieder den blossen *animus*, wie die *cogitatio* in l. 1 § 2 cit., als den nicht geäusserten Willen ansieht und alles auf den Mangel der Aeusserung abstellen will, so ist dies bei l. 3 § 18 allerdings nicht so scharf wie bei l. 1 § 2 widerlegbar, aber doch ersichtlich eine ganz willkürliche Unterstellung; denn dass *animus* im allgemeinen in der Rechtssprache und besonders dann, wenn ihm Wirkung beigelegt oder abgesprochen wird, nur den rechtlich relevanten, also den ausgesprochenen Willen bezeichnet, ergibt schon sattsam die bekannte Wendung *animo acquiritur possessio,* welche ebenso in der Lehre vom Besitze ihren bedeutsamen Gegensatz im *corpus* findet, wie in l. 3 § 18 die Gegenüberstellung der *contrectatio* charakteristisch ist.

Ueberhaupt, was für eine Art Contrektation wäre das, welche uns übrig bliebe, wenn wir der Anschauung Witte's, Schirmer's, Baron's über dieselbe folgen! Zwar wird ja unseren Quellen-Ausdrücken mancherlei zugemuthet und der Kameele, welche gläubig durch ein Nadelöhr getrieben werden, gibt es da gar viele und vielgebuckelte; was man aber hier verlangt, scheint

doch über die Grenze, ich will nicht einmal sagen des Erlaubten, sondern selbst schon des Gewohnten hinauszugehen. Alle Römischen Juristen ermahnen und warnen uns, *furtum* ohne *contrectatio* nicht anzunehmen; die *contrectatio,* d. h. die Behandlung der Sache, wie man am mildesten und oberflächlichsten übersetzen mag [1]), bildet ein Erforderniss des *furtum* und zwar ein für sich bestehendes Erforderniss; wo bleibt nun dieses Erforderniss, wenn im gegebenen Falle schon die Erklärung des *animus furandi* Diebstahl ist? Dieser *animus furandi* ist doch auch wieder ein Diebstahls-Erforderniss, und zwar nicht etwa als ein nicht ausgesprochener, denn ein in stiller Brust verschlossener *animus* kömmt rechtlich überhaupt nicht in Betracht, sondern als ein erklärter *animus*, als der *animus* in der Form seiner Erklärung; zugleich aber soll diese Erklärung die Contrektation bilden. Da rede man doch gerade heraus und sage, dass es in solchen Fällen, in welchen derjenige, welcher stehlen soll, die Sache schon in der Hand hat, keiner *contrectatio* mehr bedarf, sondern nur noch der Fassung und Aeusserung des *animus lucri faciendi* oder *furandi;* dann weiss der Leser wenigstens, was er glauben soll und dass die betreffende Theorie sich einfach über die Quellen hinaussetzt; aber die zwei getrennten Erfordernisse 1) *animus lucri faciendi* und 2) *contrectatio* ein für alle Male zusammen in der Besitzergreifungs-Erklärung zu finden, das ist doch eine Begriffs-Spalterei, bloss vorgenommen, um eine thatsächlich von den Quellen abweichende Ansicht in scheinbare Uebereinstimmung mit denselben zu setzen. So lange es uns dagegen ernstlich darum zu thun ist, den Inhalt unserer Quellen zu erfassen, werden wir gezwungen sein, als vor der äussersten Grenze vor der Körperlichkeit des Begriffes der *contrectatio* Halt zu machen; allenfalls mag man eine solche noch erblicken in der unbegründeten Verweigerung und Unterlassung der Rückgabe, trotzdem dieselbe von dem Berechtigten rechtmässig gefordert wird; hier liegt doch immer noch eine Verfügung über die Sache zu Grunde; nicht mehr aber kann eine solche gefunden werden in jeder beliebig abgegebenen, wennschon noch so ernstlichen Besitzergreifungs-Erklärung.

---

[1]) Nach v. Brinz II, Pandekten, S. 804, § 339, Note 1; dieser wieder im Anschlusse an das Wörterbuch von Forcellini.

c) Die Verschiedenheiten, welche sich für den Besitzerwerb und das *furtum* des Repräsentanten ergeben, sind so bedeutende und naheliegende; der Gedanke, diese beiden Vorgänge zusammenfallen zu lassen, scheint ein von vornherein so wenig naheliegender zu sein: dass die von unseren Romanisten stets vorgenommene Gleichstellung beider im höchsten Masse auffallen müsste, wenn sie nicht ihre Erklärung darin fände, dass man sich durch einige Quellenstellen gebunden erachtete, welche gerade diese Identifikation vorzuschreiben scheinen. In Folge dessen ging man dann entweder von den Besitzerfordernissen aus und wendete dieselben unmittelbar auf den Diebstahl an; oder man sah zu, was zum Diebstahl nothwendig sei und liess den Repräsentanten nur unter denselben Bedingungen Besitz erwerben; indem man so zwei einander fremde Dinge gleichen Regeln zu unterwerfen sich nöthigte, war man sicher, irgend einem der beiden nicht ganz gerecht werden zu können. Nachdem im Vorhergehenden mit diesem Verfahren gebrochen worden ist und die Verschiedenheiten des Besitzerwerbes und des Diebstahles sich in je einer für jeden von beiden Fällen getrennt geführten Untersuchung ergeben haben, erübrigt nur noch nachzuweisen, dass dieses Ergebniss sich recht wohl mit denjenigen Quellenstellen verträgt, welche der bisherigen Anschauung zu Grunde liegen, dass dieselben genauer betrachtet Besitzerwerb und Diebstahl des Repräsentanten ganz Hand in Hand gehen zu lassen doch nicht nöthigen. Zwei Fragmente sind es wesentlich, mit welchen wir uns hier so auseinanderzusetzen haben, l. 3 § 18 D. 41, 2 und l. 68 pr. D. 47, 2; beide haben wir schon gelegentlich zu erwähnen und einzelne Wendungen oder Stücke derselben zu benutzen nicht völlig vermeiden können; sie sind nunmehr in ihrem ganzen Zusammenhange zu behandeln. Die erstere lautet:

> (Paulus): Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

Zunächst erinnere ich an das, was ich als durch einige frühere Bemerkungen in Bezug auf diese Stelle schon festgestellt betrachte, indem ich folgendermassen übersetze:

„Wenn jemand eine bei ihm deponirte Sache stiehlt, indem er sie 1) *furti faciendi causa,* 2) contrektirt, so beraubt er den Depositar des Besitzes (und erwirbt ihn selbst). Wer dagegen die Sache nicht berührt und bloss die (geäusserte) Absicht hat, sie abzuleugnen, hebt, wie die meisten Aelteren, Sabinus sowohl wie Cassius, richtig bemerken, auch den alten Besitz-Zustand nicht auf; denn Diebstahl ist ohne Contrektation oder bloss durch (Aeusserung des) *animus (furandi)* nicht begehbar."

Sodann behaupte ich, dass die Verbindung, in welche dieses Fragment Besitz und Diebstahl miteinander bringt, keineswegs eine so innige ist, dass es unseren früheren Resultaten gänzlich widerspräche und die Möglichkeit von Besitzerwerb des Repräsentanten ohne Diebstahl absolut leugnete. — Der erste Satz untersucht lediglich, wie der Repräsentant fremden Besitzes durch Diebstahl zugleich Besitzer wird; Paulus wirft also nicht etwa von vornherein die Frage auf, ob nicht auch anders, als durch Diebstahl, Besitz erworben werden könne, eine Frage, welche wir, nachdem wir sie uns einmal vorgelegt haben, geneigt sind in der Stelle anzutreffen; sondern er bemerkt bloss, dass Eine, und zwar offenbar eine sehr hervorragende Weise, wie der Repräsentant Besitzer wird, die ist, dass er stiehlt. Darum liegt dann nichts näher, als, wenn der zweite, von *sed si eam* etc. ab betrachtete Fall zu einem Besitz-Wechsel nicht führt, dies damit zu begründen, dass in demselben Falle auch kein Diebstahl vorliegt. Freilich ist diese Begründung, wenn der Repräsentant auch ohne zu stehlen Besitzer werden kann, keine logisch allseitig ausreichende; sie wäre, dies muss zugegeben werden, gar viel schlagender, wenn der Repräsentant bloss durch Diebstahl Besitzer werden könnte; aber erklärbar ist sie immerhin auch von dem Standpunkte aus, dass hier gerade bloss der Besitzerwerb durch Diebstahl ins Auge gefasst ist, während die Möglichkeiten des Besitzerwerbes ohne Diebstahl ausser Betracht gelassen sind, ein Standpunkt, auf welchen der erste Satz entschieden hinweist. Ausser diesem Causalnexus enthält die Stelle nichts, was uns irgend welchen Anstoss erregen könnte; besonders die thatsächlich in ihr aufgestellten beiden Behauptungen entsprechen vollständig unserer Ansicht; auch diese würde dazu führen im Fall des ersten Satzes Diebstahl und Besitzerwerb, im Fall des zweiten Satzes keines von beiden anzunehmen, auch keinen Besitzerwerb,

da zu einem solchen Aeusserung des *animus infitiandi* nicht hinreicht. Eben damit gewinnen wir aber wieder ein bedeutendes Argument für unsere Auffassung der Stelle; denn nur diese erklärt, warum Paulus, statt den *animus lucri faciendi* beizubehalten und einen Gegensatz bloss zu der objektiven Behandlung des *contrectare* durch *loco non movere* zu bilden, unvorhergesehen diesem Gegensatz noch einen subjektiven an die Seite stellt, indem er die Gesinnung auf den *animus infitiandi* herabsetzt: wohl nur, weil sonst die Parallelisirung zwischen Diebstahl und Besitz, welche er hier durchführen wollte, verloren gegangen wäre. Nur dann wäre die Stelle für die entgegensetzte Meinung voll beweiskräftig, wenn sie den Repräsentanten trotz *animus lucri faciendi* oder *possidendi* zum Besitzer nicht werden liesse; so aber, da sie Resultate ergibt, welche ganz den unsrigen entsprechen, wird der Umstand, dass die Art und Weise der Begründung einige Schwierigkeiten bietet, nicht sonderlich ins Gewicht fallen.

Noch weniger richtet die andere hierhergehörige Stelle aus, welche folgenden Wortlaut hat:

> (Celsus): Infitiando depositum nemo facit furtum: nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est: sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert in digito habeat anulum an dactyliotheca, quem cum deposito teneret habere pro suo destinaverit.

Mit Schirmer beziehe ich den Schlusssatz dieser Stelle auf den Fall, dass sowohl Besitzerwerb wie *furtum* vorliegt und übersetze mit ihm: auch kömmt es nicht darauf an, ob er den Ring an den Finger gesteckt oder am Aufbewahrungsorte liegen gelassen, also ob er ihn von der Stelle bewegt hat oder nicht. Dass die v. Savigny'sche Auffassung, nach welcher der Schlusssatz beide Male Fälle bezeichnet, in welchen weder gestohlen noch Besitz erworben worden ist, nicht haltbar, hat Schirmer nachgewiesen; und den Versuch, welchen man etwa, von unserem Standpunkte und der Meinung aus, dass derselbe so einzig gegen dieses Fragment zu retten sei, machen könnte, den Schlusssatz vom Besitzerwerb ohne Diebstahl zu verstehen, halte ich gleichfalls für einen aussichtslosen. Vielmehr scheint mir die Stelle auch bei ganz einfacher und eben der Schirmer'schen Deutung des Schlusssatzes mit der hier vertretenen Theorie in bestem Einklange zu stehen.

Die Lösung liegt nämlich in der Verbindung des ersten und zweiten Satzes. Unsere Stelle setzt nicht zwei getrennte Fälle: 1) Wer das Depositum leugnet, stiehlt dennoch nicht; aber 2) wer an dem Depositum Besitz ergreift, stiehlt — wäre sie so aufzufassen, so liesse sich allerdings nur mit v. Savigny[1]) folgern, sie lehre, dass *furtum* und Besitz-Erwerb unzertrennlich verbunden seien; sondern unsere Stelle sagt: nicht schon, wer das Depositum leugnet, stiehlt; es muss hinzukommen, dass er ausserdem Besitz an ihm ergreife. Dieser Umstand, dass es noch derselbe, welcher leugnet, ist, der dann durch Besitz-Erwerb stiehlt, geht daraus hervor, dass es nicht heisst *sed si possessionem eius apiscamur, furtum facimus,* sondern *apiscatur — facit;* diese dritte Person, welche *apiscitur* und *facit,* muss dieselbe sein, welche schon vorher zur Betrachtung stand; d. h. nicht etwa der *Nemo,* sondern derjenige, *qui infitiatur.* Dies aber einmal beobachtet, stimmt das Fragment vollkommen mit dem überein, was oben über die Möglichkeit, Diebstahl, *contrectatio,* körperliche Verfügung schon in dem *non reddere* zu erblicken, vorgetragen worden ist; das an den Diebstahl streifende *infitiari* wird eben zum Diebstahl dadurch, dass es sich mit einem thatsächlichen *non reddere* verbindet, mit einer Behandlung der Sache, durch welche der Inhaber diese ihrem Herrn entzieht und mit ihr selbst wie ein Herr schaltet; wie aber könnte man klarer ersehen, dass der bisherige Detentor der Sache sie nicht herausgibt, als wenn er, um in irgend welcher Weise Besitz zu ergreifen, gerade den Moment wählt, in welchem er zur Rückgabe rechtmässig aufgefordert wird? Und dass dieser Moment vorliegt, darauf deutet eben das *infitiari,* Ableugnen, hin. Die Besitzergreifung, verbunden mit der Ableugnung, welche wieder eine rechtmässige Aufforderung zur Rückgabe als vorhergehend voraussetzt, ergeben zusammen eine thatsächliche Disposition über die Sache, welche, weit über eine blosse Willensäusserung hinausgehend, eine wahre *contrectatio* darstellt; mit Recht kann also Celsus hier durch den Besitzerwerb den Fall zum Diebstahle sich auswachsen lassen; allenfalls könnte noch eine Schwierigkeit auf der subjektiven Seite liegen, dieser aber beugt Celsus vor durch den Zusatz *intervertendi causa.* Gerade dieser Zusatz macht klar, dass es

[1]) v. Savigny a. a. O., S. 365, Note 2.

dem Juristen bloss auf die Diebstahls-Frage ankömmt; nicht dass Besitz-Erwerb und *furtum* zusammentreffen, will er zeigen, sondern er nimmt nur den Besitzerwerb als ein Mittel, vom *infitiari* zum *furtum* vorzuschreiten; und diesen Schritt sind wir mit ihm ohne irgend welchen Anstoss zu machen in der Lage.

d) Nach Erledigung der Einwände fasse ich meine Resultate, wie ich sie auch praktisch für die Lehren von der Furtivität und dem Besitz-Erwerb für verwerthbar erachte, folgendermassen zusammen:

Der Repräsentant kann sich in Besitz setzen, so lange die Pflicht, die Sache zurückzugeben, noch nicht entscheidend an ihn herangetreten ist,

entweder durch eine Manifestation seines *animus possidendi,* welche zugleich eine Verfügung über die Sache enthält, dann wird er, *animus lucri faciendi* vorausgesetzt, zugleich Dieb;

oder durch eine Manifestation seines *animus possidendi,* welche keine Disposition über die Sache enthält, etwa bloss als mündliche, wennschon ernsthaft gemeinte Willenserklärung an beliebige Dritte oder sonstwie ohne Contrektation an den Tag tritt; dann stiehlt er nicht.

Der Repräsentant dagegen, welcher bis zu dem Augenblick, in welchem die Pflicht, die Sache zurückzugeben, entscheidend an ihn herantritt, Detentor geblieben ist, stiehlt, indem er ableugnet und sich in Besitz setzt, indem jetzt diese beiden Massnahmen zusammen eine Contrektation ergeben; ja meist wird er schon stehlen, indem er sich ohne zu leugnen in Besitz setzt, denn allein der Umstand, dass er den Besitz in einem solchen Augenblicke ergreift, mag sich als Contrektation *(non reddere)* auffassen lassen.

Blosses Leugnen macht den Repräsentanten in keinem Momente weder zum Besitzer noch zum Diebe.

Wenn der Repräsentant die Sache stiehlt, so liegt darin zugleich stets Besitzerwerb.

Verhält sich dem nun aber wirklich so, so kömmt denn jetzt alledem kategorische Bedeutung zu, was oben S. 134, 135 zunächst bloss bedingungsweise vorgetragen worden ist. Die Lehre von Pampaloni und Pfersche, nach welcher Veräusserung und ähnliche Dispositionen, von einem Detentor ausgehend, Diebstahl, von einem *m. f. por.* ausgehend kein Diebstahl sind, führt demgemäss thatsächlich zu der Consequenz, dass der Detentor,

um den Diebstahls-Strafen zu entgehen, eben nur vor der Veräusserung Besitz zu ergreifen braucht; und mit diesem Auskunftsmittel würde eine Unsicherheit und Zweifelhaftigkeit der Frage danach, ob eine Sache durch die Veräusserung furtiv geworden ist oder nicht, einreissen, welche den Hauptzweck der Usukapion, feste Eigenthums-Verhältnisse zu schaffen, geradezu illusorisch machen würde. Besonders wird es nun auch erst recht unmöglich, § 3 I. cit. bloss vom Detentor zu verstehen, da diese Stelle demnach die ganze Anzahl der Fälle, in welchen die erste Hand an der ihr zur Detention vom Eigenthümer anvertrauten Sache Besitz, schon ehe sie veräussert oder sonstwie stiehlt, ergriffen hat, einfach unbeachtet lassen würde; während doch solche Fälle, selbst abgesehen davon, dass der Detentor sie absichtlich herbeizuführen behufs Vermeidung der Diebstahlsstrafen nach Pampaloni und Pfersche so viel Veranlassung hätte, sich ganz von selbst sehr häufig ergeben durch die Vorbereitungen zur Veräusserung, Angebot der Sache an den Käufer, Mittheilung an Dritte, dass man sie zu veräussern vorhabe, u. s. f., lauter Umstände, durch welche der *animus possidendi* genügend an den Tag gelegt wird, während sie eine *contrectatio* noch nicht enthalten. Ueberhaupt ist in Betracht zu ziehen, dass der Repräsentant, schon ehe er veräussert, regelmässig *animus sibi possidendi* und *lucri faciendi* gefasst haben wird; von dem blossen Zufalle, ob er ersteren *animus* ohne Contrektation schon vor der mit Contrektation verbundenen Aeusserung des letzteren *animus* zu manifestiren Gelegenheit findet oder nicht, würde es nach Pampaloni und Pfersche abhängen, ob er bei der Contrektation nicht stiehlt oder stiehlt. Da ist doch die Entscheidung, welche im Vorhergehenden auch in Bezug auf die einzelnen Quellen-Stellen als die richtigere nachgewiesen worden ist, eine anders rationelle; einerlei, ob jemand besitzt oder bloss detinirt; jeder, welcher wissentlich eine fremde bewegliche Sache hat und (mit *animus lucri faciendi* widerrechtlich) veräussert, stiehlt: das ist die ebenso theoretisch wohlbegründete und anstossfreie, wie praktisch leicht verständliche und handliche Regel, welche uns von Gaius II, 49, 50; § 3—6 I. de usuc. et l. t. poss. 2, 6; l. 36 D. de usurp. et usuc. 41, 3; l. 1 und 7 C. de usucapione pro emptore vel transactione 7, 26; und l. 2 C. de usucapione pro donato 7, 27 überliefert ist. Wir aber entnehmen dieser allgemeinen Regel mit Fug und

Recht die besondere Anwendung: Der *m. f. por.*, welcher (mit *animus lucri faciendi* widerrechtlich) veräussert, stiehlt.

9) Diesen Satz würden wir endlich mit bloss auf den *m. f. por.* und nicht zugleich auf den Detentor bezüglichen Quellen-Stellen zu belegen im Stande sein, wenn das oben [1]) vermuthungsweise über den abgeleiteten Besitz Vorgetragene Annahme und Bestätigung fände. Dass nämlich der im Besitze der Sache befindliche Pfandgläubiger durch nicht pfandrechtmässige Veräusserung des Pfandes stiehlt, ist zweifellos in unseren Qnellen ausgesprochen, so deutlichst von l. 74 D. de furtis 47, 2 (Javolenus):

> Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante quam dies venditionis veniret pecunia non soluta id fecit: furti se obligat.

Ist der im abgeleiteten Besitze Befindliche *m. f. por.,* so haben wir hier ein Pandekten-Fragment, welches einwurfsfrei erklärt, dass der *m. f. por.* durch Veräusserung stehle; denn dass Diebstahl hier nur wegen des zwischen Bestohlenem und Dieb ausserdem bestehenden persönlichen Verpflichtungsverhältnisses angenommen werde, wird gewiss niemand behaupten wollen. Käme dieses besondere Verhältniss in Betracht, so würde es eher zu Gunsten der milderen Behandlung des Pfandgläubigers sprechen, welcher eine ihm immerhin doch unter gewissen, wennschon gerade nicht vorliegenden Umständen zustehende Handlung vorgenommen hat; umsomehr muss als Dieb derjenige beurtheilt werden, welcher ganz unberechtigt veräussert, wie der gewöhnliche *m. f. por.*

Sollte man aber auch den abgeleiteten Besitz als einen Anwendungsfall der *m. f. pio.* nicht anerkennen wollen, so wird jedenfalls doch die allegirte Stelle dazu angethan sein, ein letztes Bedenken zu zerstreuen, welches etwa noch hie und da gegen die Verträglichkeit schon vorliegender *possessio* schlechtweg mit zu begehendem Diebstahl vorhanden sein könnte.

---

[1]) Im vorigen Abschnitte unter No. 6; vgl. oben S. 107 fg.

VIII. Andere Verfügungen des malae fidei possessor über die Sache.

In diesem Abschnitte möchte ich nun der Reihe nach eine Anzahl anderer Dispositionen, welche der *m. f. por.* über die Sache, statt zu veräussern, treffen kann, ins Auge fassen und dabei zusehen, ob Diebstahl vorliegt oder nicht. Natürlich wird bei derartiger Betrachtung sich nur eine vorläufige Casuistik ergeben; die Einzel-Ergebnisse zu einem systematischen Ganzen zusammenzuschliessen, werde ich sodann in dem folgenden und letzten Abschnitt dieser Studie versuchen; dass dabei derjenige Satz, welcher uns bisher wesentlich beschäftigt hat, nämlich der Satz, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, nur als ein solch casuistisch vereinzelter anzusehen und der systematischen Einheit unterzuordnen sein wird, mag schon jetzt, vorausgreifend und orientirend, bemerkt werden.

1) Wenn der *m. f. por.* einer schmelzbaren Masse diese mit einer in seinem Eigenthume stehenden zusammenschmilzt, so begeht er dadurch an ersterer ein *furtum.*

> l. 3 § 2 D. de rei vindicatione 6, 1 (Ulpianus) Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

> l. 4 D. eodem (Paulus). Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.

Von der letzteren Stelle meint allerdings Pfersche[1]), da sie

> „summarisch in einem Ausdruck auf verschiedene Thatbestände"

---

[1]) Pfersche a. a. O., S. 241.

hinweise, so lasse

„sich offenbar nicht genauer feststellen, bei welchem Thatbestande sie die *actio furti* zulassen will.“

Diese Ansicht ist auch zweifellos eine zutreffende, wenn wir uns die Frage vorlegen, was das Fragment im Sinne des Paulus besagt, denn wir haben gar keinen Anhalt, auf welchen Fall er sich im Beginne mit den Worten *quo quidem casu* bezog. Fragen wir dagegen nach dem Sinne der Stelle im Zusammenhange der Justinianischen Compilation, so ist doch wohl eben so zweifellos, dass l. 4 sich unmittelbar auf l. 3 § 2 zurückbeziehen und dass ihr Anfang *quo quidem casu* auf den von l. 3 § 2 gegebenen *casus* verweisen soll. Dann kann aber weiter über den Thatbestand kein Zweifel mehr herrschen; die beiden Stellen zusammen sagen deutlich, dass, wenn bei jemanden, der fremdes Silber hat, dieses mit eigenem Silber des Inhabers, zufällig oder in Folge darauf von irgend welcher Seite gerichteter Thätigkeit, zusammenschmilzt, die Schmelz-Masse in das Miteigenthum der beiden Betheiligten tritt; dass aber, wenn diese *confusio* absichtlich von dem Inhaber des fremden Silbers herbeigeführt worden ist, derselbe dem Eigenthümer desselben ausserdem noch erstens als Dieb und zweitens als *is qui dolo desiit possidere* haftet. Besonders heisst es hier nicht *„furti vel ad exhibendum tenebitur“*; dann allerdings könnte man nicht ganz bestimmt mit der Stelle operiren, wie wir denn früher l. 16 D. ad exhibendum 10, 4 deshalb fallen lassen mussten[1]), weil sie *vel furti vel de dolo malo actionem* gibt, so dass, obgleich höchst wahrscheinlich in ihr eine Anwendung des Satzes vom Diebstahl des veräussernden *m. f. por.* liegt, doch andere Möglichkeiten nicht ganz ausgeschlossen sind; hier jedoch heisst es *et furti et ad exhibendum tenebitur*, so dass von Verweisung auf verschiedene Thatbestände nicht die Rede ist, sondern bloss von mehreren Klagen für denselben, genau festgestellten Thatbestand.

Den anderen denkbaren Einwand, dass hier nur die Rede sei vom *detentor*, nicht vom *possessor* des *argentum alienum*, wird man uns wohl nach den Betrachtungen des vorhergehenden Abschnittes nicht mehr entgegenstellen und erst recht nicht nochmals von uns widerlegt zu sehen erwarten. Uebrigens sprechen

---

[1]) Siehe oben S. 115—116.

auch unsere beiden Stellen, welche ganz allgemein die Lage desjenigen behandeln, dessen Silber in fremde Hand gerathen und dabei mit fremdem vermischt worden ist, für sich selbst gegen jede derartige Einschränkung.

Vielmehr ist es eine andere Betrachtung, welche ich hier noch anschliessen möchte. Die vorliegende Stelle ist nämlich so eigen gestaltet, dass derselbe, welcher stiehlt, an der confundirten Masse Miteigenthum erwirbt, das Allein-Eigenthum an dem gestohlenen Silber aber dem Eigenthümer entzieht. Ist zwischen dem Vorgange des Diebstahls und den dinglichen Wirkungen der Confusion nun ein Zusammenhang anzunehmen; sollen wir etwa sagen, der Mischende stehle, weil seine Handlung einen derartigen Erfolg hat? — Ich sehe hier keine Veranlassung, einen derartigen Causal-Nexus herzustellen, welcher schon an und für sich wenig der Gesammt-Anschauung des Gegensatzes zwischen Eigenthum und Diebstahl entsprechen, die Analogie zwischen diesem Falle und dem des veräussernden *m. f. por.* aber ganz aufheben würde; sondern die Verhältnisse scheinen mir folgendermassen zu liegen. Wir finden in der Confusion einen Diebstahl deshalb, weil der *m. f. por.*, welcher sie vornimmt, damit über die fremde Sache in einer Weise disponirt, welche zur Contrektation genügt, und zugleich seine Gesinnung, sich ihrer zu eigenem Vortheil dauernd zu bemächtigen, manifestirt. Wenn nun ausserdem diese Handlungsweise, natürlich nicht zur Belohnung des Consumenten, sondern deshalb, weil man sich hier dinglich den körperlich gegebenen Verhältnissen gegenüber nicht anders zu helfen weiss, die Folge hat, dass das Sonder-Eigenthum an dem confundirten Silber zu Grunde geht, so beruht diese Folge auf ganz anderen Grundlagen. Die Römer nehmen nun einmal an, durch Confusion solcher Massen gehe die Einzel-Substanz materiell unter und werde eine neue Sache geschaffen; sie nehmen dies an nicht als Folge des Parteiwillens, sondern als Wirkung des Naturereignisses; an den Wirkungen eines Naturereignisses aber vermag der Umstand, dass dasselbe durch einen diebischdeliktischen Willen herbeigeführt ist, nichts zu ändern; obgleich man also gewiss gerne den diebischen Willen jeder Rechts-Wirkung entkleiden möchte, lässt sich doch nicht verhindern, dass dieser, indem er das bisherige Eigenthums-Objekt vernichtet, mit ihm eben auch das Eigenthums-Recht selbst dem bisherigen

Eigenthümer entreisst; wie denn z. B. auch derjenige, welcher mit gestohlenem Material einheizt, durch den Verbrennungsprozess mit der Sache das Eigenthum an ihr zerstört. Daran also, dass der Eigenthümer des confundirten Silbers um dies sein Eigenthum kömmt, lässt sich nichts ändern; eher schon könnte man sich fragen, ob nicht zur Strafe des Diebes, statt ihn mit dem Bestohlenen zur Werth-Quote Miteigenthümer der Schmelz-Masse werden zu lassen, es in diesem speciellen Falle angezeigt wäre, das Allein-Eigenthum der Schmelz-Masse dem Bestohlenen anzuweisen. Aber selbst soweit ist das Römische Recht nicht gegangen; es hat wohl mit Recht einen solchen Special-Fall zu schaffen vermieden und vorgezogen, den Umstand des Diebstahls sachenrechtlich überhaupt hier nicht in Anschlag zu bringen, sondern dinglich ganz die gewöhnlichen Folgen der Confusion anzunehmen und für die Strafe, welche die Gerechtigkeit gegen den diebischen Confundenten verlangt, auf die gewöhnlichen Diebstahlsstrafen, speciell also *actio furti,* zu verweisen; dass ausser auf Strafe der Dieb dem Bestohlenen auch auf Ersatz des Schadens haftet, welcher diesen eben dadurch trifft, dass er für sein bisheriges Allein-Eigenthum zur entsprechenden Quote Miteigenthum eintauscht, ist selbstverständlich. — Am besten werden wir also dahin zusammenfassen, dass die beiden Vorgänge, der sachenrechtliche und der deliktmässig obligirende, ganz getrennt von einander zur Entwicklung gelangen und dass bloss gelegentlich des einmal vorliegenden Thatbestandes l. 4 cit. bemerkt, derselbe könne auch, unter den nöthigen subjektiven Bedingungen, Diebstahl repräsentiren; will man aber durchaus eine Verbindung, so wird man dieselbe sicherlich besser mit „trotzdem" als mit „weil" herstellen.

2) Den der Confusion nächstliegenden Fall der Commixtion scheint als Diebstahl zu behandeln l. 78 D. de solutionibus et liberationibus 46, 3:

> (Javolenus). Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt. si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.

Die Gegner haben gegen diese Stelle eine doppelt be-

gründete Einrede erhoben. Zunächst sei sie ungenau [1]), da sie doch nur für den Fall des *dolus* des Gebers zutreffe, was ohne weiteres zuzugeben ist, aber im übrigen gar nichts gegen ihre weitere Verwendbarkeit beweist, vielmehr nur zeigt, dass hier, wie so oft, bloss gesagt wird, der objektive Thatbestand genüge zum *furtum*, während die subjektiven Erfordernisse, als solche, welche selbstverständlich stets vorhanden sein müssen und stets die gleichen sind, vorausgesetzt werden. Sodann soll unser Fragment wieder sich irgendwelche Einschränkung gefallen lassen, sei es, dass die Geldstücke durch den Zahlenden selbst dem Eigenthümer schon vorher diebisch entzogen waren [2]) — dann war jener aber doch wohl auch schon vorher der *actio furti* verfallen; sei es, dass der Zahlende bloss Detentor, nicht Besitzer war [3]) — gegen diese Annahme greifen die oben genügend erörterten Argumente Platz, deren Wiederholung wir uns wohl ersparen dürfen.

Hatten wir mit diesen gegnerischen Einreden leichtes Spiel, so gelangen wir zu der eigentlichen Schwierigkeit, welche die Stelle bietet, nach Beseitigung jener ersteren. Scheint doch nunmehr unser Fragment bei Gelegenheit der *commixtio* gerade diejenige Auffassung über den Zusammenhang zwischen dem sachenrechtlichen und dem furtiven Vorgang, welchen wir bei der *confusio* abgewiesen haben, zu vertreten und uns aufzuerlegen: es

---

[1]) Pfersche a. a. O., S. 241; dass übrigens unsere Stelle mit l. 52 § 16 D. de furtis 47, 2 nichts zu thun hat, ist klar.

[2]) Pfersche a. a. O. findet diese Erklärung unterstützt dadurch,

„dass hier ein Ausspruch *ex Gaii libris* vorliegt. Denn wir finden ähnliche Aussprüche in Gaius II, 50, 78 i. f., 93."

Dagegen habe ich nur zu bemerken: Gaius II, 50 ist die uns wohlbekannte, als § 3 s. des Titels 2, 6 in die Institutionen übergegangene Stelle; II, 78 lautet *in fine*:

Illud palam est, quod sive tu subripuisti tabulam sive alius, competit mihi furti actio;

II, 93 lautet: Sed bonae fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi adquirere potest. usufructuarius vero usucapere non potest; primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi; deinde quia scit, alienum servum esse.

Was die beiden letzten Stellen hier sollen, bleibt dunkel.

[3]) Dafür beruft Pampaloni S. 368 sich auf den Zusatz „inscio vel invito domino"; s. dagegen oben S. 120 fg.

heisst hier ausdrücklich, der dritte Empfänger werde Eigenthümer und in Folge dessen verfalle der Zahlende der *actio furti*. Ist dies wörtlich zu nehmen, so ständen wir vor einer höchst eigenthümlichen Erscheinung; der Zahlende wäre dann nicht selbst derjenige, von dessen Handlungsweise es abhinge, ob er stöhle oder nicht; er würde durch seine dolose Zahlung noch nicht stehlen, sondern die Möglichkeit der Entstehung eines Diebstahlfalles setzen; ob diese Möglichkeit zur Wirklichkeit würde, hinge lediglich davon ab, ob der Empfänger das empfangene Geld getrennt aufbewahrte oder mit anderem Gelde vermischte; diese letztere Handlung des, vielleicht gutgläubigen, Empfängers würde den Hingebenden zum Diebe machen. Ehe wir eine solche exorbitante Durchbrechung aller Rechts-Regeln und -Anschauungen annehmen, wird man uns schon gestatten müssen, den Schlusssatz unserer Stelle zu übersetzen, statt, wie es allerdings näher läge:

> „so dass nunmehr dem Eigenthümer gegen den Hingebenden die Diebstahlsklage zusteht",

vielmehr in allerdings durch den exakten Wortlaut nicht ohne weiteres gegebener Weise so:

> „so dass nunmehr dem Eigenthümer nur noch eine Klage gegen den Hingebenden, etwa die Diebstahlsklage, zusteht."

Denn, wenn hier überhaupt ein Diebstahl des Hingebenden vorliegt — und dass er vorliegt, wird sich aus der Stelle nicht weginterpretiren lassen —, so muss dieser denselben spätestens begehen, indem er wissentlich fremdes Geld zur Zahlung verwendet; wie dann später der Empfänger mit jenem Gelde umgeht, das könnte allenfalls, auch des Empfängers *mala fides* vorausgesetzt, entscheidend werden für die Frage, ob nicht auch gegen den Empfänger die Diebstahlsklage möglich wird; von einer solchen gegen diesen redet aber unser Fragment nicht; der Diebstahl des Hingebenden muss mit dem letzten Moment, in welchem er selbst handelt, abgeschlossen sein. Daneben gehen dann die sachenrechtlichen Vorgänge her; durch die ohne seinen Willen vorgenommene Zahlung verliert natürlich der Eigenthümer sein Eigenthum an den Geldstücken nicht, sondern kann sie vom Empfänger vindiciren; aber nur so lange, als sie beim Empfänger von dessen übrigen Geldern gesondert vorliegen; sobald der Empfänger sie mit seinen sonstigen Geldern mischt, geht durch dieses Ereigniss das bisherige Eigenthum unter und der frühere

Eigenthümer ist nunmehr auf Ersatzklagen, und zwar, vorausgesetzt, dass der Empfänger in *bona fide* war oder ihm wenigstens *mala fides* oder *dolus* nicht nachweisbar sind, auf eine Ersatzklage gegen den Zahlenden angewiesen; besonders reichliche Befriedigung wird er sich durch Anstellung der Diebstahlsklage gegen diesen Zahlenden verschaffen können; auf diese scheint ihn deshalb l. 78 cit. zu verweisen.[1])

Das für uns wesentliche Ergebniss wird sich dahin feststellen lassen: der *m. f. por.* fremden Geldes stiehlt, indem er dasselbe zur Zahlung verwendet. Den Diebstahls-Erfordernissen ist in diesem Falle ersichtlich ein volles Genüge gethan, sowohl was den objektiven Thatbestand der Contrektation, wie was den Rückschluss auf das Vorliegen des subjektiven *animus lucri faciendi* anbetrifft; insofern beim Gelde die Zahlung als die häufigste Form der Veräusserung erscheint, wird man daher diesen Satz schliesslich sogar nur als einen Special-Fall des Diebstahls durch Veräusserung Seitens eines *m. f. por.* fassen können. —

3) Keine besondere Quellen-Stelle können wir anführen, aber trotzdem wohl allgemeiner Zustimmung[2]) sicher sein, wenn wir als Consequenz unserer bisherigen Resultate die Sätze aufstellen: Der *m. f. por.* eines Gebäudebestandtheiles stiehlt, indem er denselben in sein Gebäude verbaut; der *m. f. por.* eines Eisenstückes stiehlt, indem er dasselbe an seine Sache ferruminirt; der *m. f. por.*

---

[1]) Will man zu dieser Deutung derselben sich durchaus nicht entschliessen, so bleibt nur Eine Art und Weise übrig, um zu erklären, wieso durch eine Handlung des Empfängers *(commixtio)* der Hingebende stehlen soll: nämlich anzunehmen, dass die Zahlung noch nicht Diebstahl begründet, sondern erst die *commixtio*, diese aber auch Diebstahl des Hingebenden, weil Empfänger und Hingebender gemeinsam auf diese Weise einen Diebstahl ausführen, so dass der eine für den andern mit einzustehen hätte. Dazu müsste man aber wieder in die Stelle hineintragen, dass Empfänger und Hingebender mit gemeinsamem *dolus* sich zur Begehung des Diebstahls verbunden hätten; was mir noch gezwungener erscheint als die im Texte versuchte Erklärung; und es müsste die *actio furti* jedenfalls auch gegen den Empfänger gehen, so dass die ausdrückliche Sorgfalt des Fragments, sie nur gegen den Hingebenden zu gestatten, unerklärt bliebe.

[2]) Siehe den *consensus autorum* über diese Punkte, wie ihn Pampaloni a. a. O. S. 291—295 constatirt. Vgl. etwa Windscheid I, § 188, Note 16; v. Wächter, Pandekten § 133, Beil. III, S. 125; Vangerow, I, § 300, Anm.; Sintenis, Pr. Civilrecht I, S. 494; Böcking, Pandekten § 152, Note 32; u. s. f.

einer lebenden Pflanze stiehlt, indem er dieselbe in sein Grundstück einsetzt; u. s. f. Und zwar ist allen diesen Fällen gemeinsam, dass der Diebstahl nicht etwa vorliegt wegen der sachenrechtlichen Wirkungen des betreffenden Vorganges; sondern deshalb, weil der betreffende Vorgang enthält eine Contrektation Seitens des *m. f. por.*, welcher seinen *animus lucri faciendi* zugleich deutlich manifestirt. Dass z. B. in den beiden letzten Fällen der Dieb selbst Eigenthümer des verbundenen Eisenstückes, der Wurzel schlagenden Pflanze wird, hat mit dem *furtum* nichts zu thun, wie denn letzteres auch in dem Eigenthum nicht übertragenden Falle des *tignum iunctum*, und in dem Falle der Pflanze regelmässig schon im Momente des Einsetzens vorliegen wird, während hier Eigenthums-Wechsel erst mit dem Wurzel-Schlagen eintritt. Dass der vorige Eigenthümer durch ferruminirende Verbindung oder Einwurzeln der Pflanze u. dgl. m. das alte Eigenthum verliert, bedingt unabänderlich das Naturereigniss; höchstens könnte man sich denken, dass hier besondere Regeln dem Diebe den Eigenthumserwerb untersagen und etwa die Hauptsache, mit welcher das fremde Eisenstück durch Ferrumination verbunden worden ist, resp. die eingewurzelte Pflanze mit einem Stück Grund und Boden dem früheren Eigenthümer des anferruminirten Theils resp. der Pflanze zur Strafe des Diebes zusprechen würden; aber auch dieses ist nicht geschehen; die Regeln über Eigenthumserwerb durch Einpflanzen und Ferrumination u. s. f. erleiden ebensowenig, dass wir wüssten, für den Fall, dass dabei der Handelnde einen Diebstahl begeht, eine Aenderung, als diejenigen über Confusion; Eigenthums-Erwerb und *furtum* gehen vielmehr hier wie dort selbstständig nebeneinander her.

Hierher, unter die nicht quellenmässig, sondern allgemeinem Consens gemäss durch Analogie feststehenden Fälle des Diebstahls durch Disposition über die *mala fide* besessene Sache gehört nun auch die Commixtion derselben mit eigenen Sachen des *m. f. por.*, besonders also die Commixtion fremder Geldstücke mit eigenen: wenn man, wie oben geschehen, l. 78 cit. so interpretirt, dass sie von dem Diebstahle fremden Geldes nicht durch Commixtion, sondern durch Benutzung desselben zur Zahlung handelt.

4) Wir gelangen zu der Specifikation. Auch hier ermangeln wir eines bestimmten gesetzlichen Anhaltes; es findet sich be-

sonders kein solcher in der vielerörterten l. 12 § 3 D. ad exhibendum 10, 4:

> (Paulus): Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, cum sciat haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.

Mag man nun in diesem Fragment die Regel aufgestellt finden, dass, wer *m. f.* specificirt, Eigenthum nicht erwirbt, sondern eine neue Sache verfertigt, welche dem Eigenthümer des Materials zufällt; oder mag man sie anders erklären [1]); keinenfalls entscheidet sie, ob derjenige, welcher *m. f.* specificirt, stiehlt. Trotzdem wird auf der Stufe, auf welcher unsere Untersuchung angelangt ist, es wohl weiter keinen Schwierigkeiten mehr begegnen, wenn wir diesen Satz als einen durch Analogie-Schluss vollständig bewiesenen bezeichnen. Wer weiss, dass er eine fremde Sache besitzt; trotzdem nun aber mit dieser Sache so verfährt, dass er sie zu einer ganz neuen, in die alte Sache nicht zurückführbaren Sache umbildet; der contrektirt damit und legt zugleich ganz regelmässig [2]) seinen *animus lucri faciendi* an den Tag; hiermit aber erscheinen alle Erfordernisse des Diebstahls bei ihm

---

[1]) Mir ist, dass l. 12 § 3 jene Regel enthalte, immer noch das Wahrscheinlichere, trotz der mannigfachen bekannten Bedenken, und schliesse ich mich in dieser Beziehung wesentlich dem an, was Fitting im Civilistischen Archiv, Bd. 48 (1865), S. 170 fg. und 339 fg. über diesen Punkt scharfsinnig ausgeführt hat. Die Interpretation von Pfersche, a. a. O., S. 140, nach welcher die Stelle bloss handeln soll von solchen Fällen,

> „wo der Specifikant blosser Detentor war oder auch nur zum Zweck der Specifikation den Besitz eigenmächtig ergriff",

trägt eine ihr fremde Voraussetzung in sie hinein, um zu dem Ergebnisse zu gelangen, dass der *suo nomine* specificirende Detentor Eigenthümer nicht wird, wohl aber der *suo nomine* specificirende *m. f. por.* Dieses Ergebniss würde sich wohl als Analogon der Lehre, dass der Detentor durch Veräusserung stiehlt, der *m. f. por.* durch ebensolche nicht stiehlt, ertragen lassen, wird aber wie diese Lehre selbst unmöglich mit der Einsicht, dass der Detentor sich in Besitz setzen kann, ohne zu stehlen; er braucht dies dann nur vor der Specifikation zu thun, um Diebstahl zu vermeiden und Eigenthum zu erwerben.

[2]) Ausnahme: wenn der, welcher specificirt, gar nicht *suo*, sondern *nomine* des Eigenthümers specificiren, die Sache für den letzteren umarbeiten will, so ist natürlich von vornherein sowohl Diebstahl wie Eigenthumserwerb ausgeschlossen.

ebensogut wie bei dem Veräusserer einer fremden Sache gegeben, so dass er entschieden als Dieb betrachtet werden muss.

Häufig wird nun zwischen dieser Wirkung der *mala fide* vorgenommenen Specifikation und der Frage, ob *mala fides* den Eigenthumserwerb durch Specifikation ausschliesse, einen unmittelbaren Zusammenhang herzustellen gesucht; ein solcher scheint mir aber nicht vorhanden zu sein. Jedenfalls sei es ferne von uns, zu sagen, wer *mala fide* unrückführbar *suo nomine* specificire, stehle, weil er dadurch Eigenthümer werde; und dann etwa gar wieder, wie Pfersche (S. 142)[1]) der herrschenden Lehre vorwirft, in sofortiger Umdrehung weiterzuschliessen, wer so stehle, werde nun aber wieder ebendeshalb nicht Eigenthümer: sondern diese beiden Fragen haben zunächst gar nichts miteinander zu thun. Wir constatiren hier zunächst lediglich, indem wir die unrückführbare[2]) Verarbeitung als ein casuistisches Beispiel aus der ungezählten Menge der Dispositionen herausgreifen, welche ein Inhaber über eine fremde Sache treffen und zum Diebstahle gestalten kann, dass, wer als *m. f. por. suo nomine* specificirt, stiehlt. Dies ist an und für sich für die sachenrechtlichen Vorgänge ebenso irrelevant, wie wenn wir vorher constatirt haben, dass der *m. f. por.* durch Confusion, Inaedifikation u. s. f. stiehlt; möglich, dass das Recht hier einen Schritt gethan hat, welchen es bei Confusion, Commixtion u. s. f. zu thun nicht für nothwendig erachtet hat, nämlich zur Strafe des Diebes die gewöhnlichen Eigenthumserwerbsregeln zu durchbrechen; möglich auch, dass es ihn hier ebensowenig wie dort gethan hat und ruhig den Eigenthumserwerb neben Diebstahl hergehen lässt; anzunehmen, dass es ihn gethan hat, wird man geneigt sein, wenn man Ernst macht mit der Ansicht, der Specifikant erwerbe bloss zum Lohne für seine Arbeit, denn einen Lohn wird man allerdings dem Diebe nicht zubilligen mögen; weniger geneigt sein anzunehmen, dass das Recht jenen Schritt gethan habe, wird man sein, wenn man sich der Occupationstheorie strenge anschliesst, denn, ob die neu zu occupirende Sache diebisch erzeugt ist, fällt hier kaum ins Ge-

---

[1]) Vgl. oben Seite 13.

[2]) Sehr häufig, wenn auch nicht ganz so sicher und durchgreifend, wird auch schon die rückführbare Verarbeitung, bei welcher vom Eigenthumserwerb nicht die Rede ist, Diebstahl sein. —

wicht; aber welcher von beiden Meinungen man auch fröhnt, in das positive Recht wird man jedenfalls den Satz, dass *mala fides* den Eigenthumserwerb ausschliesst, nicht ohne weiteres hineinsetzen können, sondern darauf angewiesen sein, darzuthun, dass das Recht wirklich jenen Schritt gethan habe; so lange es ihn nicht ausdrücklich gethan hat, wird man sich wie bei der Confusion, Commixtion, Einpflanzung u. s. f. an die allgemeine Regel, welche von einer Ausnahme bei *mala fides* oder Diebstahl nichts weiss, halten müssen. Daraus, dass das Recht den *m. f.* Specifikanten als Dieb anerkennt, folgt unmittelbar, für sich allein noch keineswegs, dass es ihn Eigenthum nicht erwerben lässt.

Mittelbar dagegen scheint allerdings unser Satz, dass, wer *m. f. suo nomine* specificirt, stiehlt, für die Behauptung, dass *mala fides* bei der Specifikation den Eigenthumserwerb ausschliesst, verwerthet werden zu können. Wenn man nämlich im positiven Recht wohl die Ausnahme von den allgemeinen Regeln des Erwerbs durch Specifikation aufgestellt findet, dass derselbe dem Diebe des zu specificirenden Materials benommen ist; dagegen nicht schon in l. 12 § 3 D. cit. genügend die Ausnahme bezeugt findet, dass dem in blosser *mala fides* Besitzenden der Specifikations-Erwerb entzogen ist; so kann unser Satz dazu verwendet werden, die erstere Ausnahme auch auf letzteren Fall auszudehnen; denn wenn einmal demjenigen, der durch Erwerb des Materials gestohlen hat, der Eigenthumserwerb durch Verarbeitung genommen ist; so muss man ihn allerdings auch demjenigen untersagen, der das Material im Moment der Verarbeitung selbst erst stiehlt, da ihn besser zu stellen als jenen gar keine Veranlassung vorhanden ist. Man kann dies schon kaum mehr als einen Analogie-Schluss betrachten, von der Kategorie derjenigen, welche erst das Material gestohlen haben und dann specificiren, gezogen auf die Kategorie derjenigen, welche ohne Diebstahl das Material inhaben und erst durch die Verarbeitung stehlen; beide Kategorien sind praktisch wie theoretisch kaum auseinanderzuhalten, bilden eigentlich nur Eine; will man sie aber durchaus unterscheiden, so ist die Analogie jedenfalls eine zwingende.

Eine solche Ausnahme, dass der Dieb des Materials, dasselbe unrückführbar verarbeitend, trotzdem Eigenthum nicht erwirbt, bezeugt uns aber l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2 in ihrer zweiten Hälfte:

(Ulpianus)... idem est in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condici.

Freilich ist diese Stelle die einzige, welche uns dies genau mittheilt; denn von den sonst wohl noch angeführten behandeln desselben Paragraphen erste Hälfte und l. 13 D. de condictione furtiva 13, 1 Fälle rückführbarer Verarbeitung, während l. 14 § 3 D. tit. cit. 13, 1 nur indirekt durch Rückschluss aus den vorhergehenden Geschichtserzählungen und l. 4 § 20 D. de usurp. et usuc. 41, 3 gar nicht[1]) hierher bezogen werden können. Desto entscheidender ist aber auch diese einzige Stelle; können nicht bloss die *uvae*, sondern auch *mustum* und *vinacei*, das Verarbeitungsprodukt, condicirt werden, so müssen dieselben in das Eigenthum des Eigenthümers der *uvae*, nicht in dasjenige des Specifikanten gefallen sein; wenn man dagegen wohl anführt, dass der Condicent nach l. 10 § 2 und l. 12 pr. D. h. t. 13, 1 nicht stets Eigenthümer zu sein brauche, sondern auch dann jemand condiciren könne, wenn er sein Eigenthum *non suo facto* verloren habe: so sind *mustum* und *vinaceum* hier nicht Gegenstände, welche dem Condicenten früher zu Eigenthum gehörten und an welchen ihm das Eigenthum *non suo facto* verloren gegangen wäre, sondern neu durch die Arbeit des Specifikanten erzeugte Gegenstände, welche demnach der Eigenthümer der *uvae* nur condiciren kann, wenn er auch wieder ihr Eigenthümer geworden ist. Nehmen wir den hierin liegenden Satz zu unserem Satze, dass der *m. f.* Specifikant stiehlt, hinzu, so ergibt sich nunmehr aus ihrer Combination allerdings ein Beweis dafür, dass zum Eigenthumserwerbe durch Specifikation, im Gegensatze zu dem Erwerbe durch Confusion, Commixtion u. s. f., *bona fides* gehört, wie er bei der immerhin nicht ganz sicherstehenden Interpretation von l. 12 § 3 D. cit. uns höchst willkommen sein muss. An dem Erfordernisse der *bona fides* kann es denn auch nichts ändern, wenn die neue Sache aus fremdem und eigenem Stoffe des Specifikanten hergestellt wird; war dieser in Bezug auf die fremde Materie in

[1]) So richtig Pfersche S. 138—139; derselbe gibt übrigens zu, dass der Entwender selbst Eigenthum durch Specifikation sich nicht erwerben kann, S. 139, und meint, dieser engere Rechtssatz sei allgemein anerkannt; letzteres ist jedoch durchaus nicht der Fall; vgl. v. Brinz, Pandekten I, 576 fg.

mala fide, so stiehlt er diese und kann deshalb an ihr Eigenthum nicht erwerben; andererseits geht ihm aber auch an dem Produkt aus seinem Stoffe das Eigenthum nicht verloren, sondern es muss, wenn die Produkte beider Stoffe fest verbunden sind, Miteigenthum eintreten; eine Consequenz des hier gewonnenen Resultates, welche sich mit der Analogie von l. 4 D. de rei vindicatione 6, 1 ganz deckt und so wieder zu seiner Bestätigung beiträgt.[1])

5) Der wissentliche Erwerb einer fremden Sache ist Diebstahl nur dann, wenn wissentlich eine schon gestohlene Sache vom Diebe erworben wird; sonst nicht; in dieser Beziehung ist vollständig zutreffend, was Pfersche, a. a. O. S., 129 fg. darlegt.[2]) — Insbesondere

a) dass Uebernehmen vom Diebe, *suscipere a fure,* Diebstahl ist, beweist ohne weiteres § 4 i. f. I. de obligationibus quae ex delicto nascuntur 4, 1:

> ... cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. —

Zugleich ist aber auch hiermit einerseits schon die selbstverständliche Ausnahme gegeben, dass derjenige nicht stiehlt, welcher die Sache vom Diebe erwirbt, um sie dem Eigenthümer zurückzustellen[3]); andererseits die selbstverständliche Ausdehnung, dass, wer wissentlich vom *m. f. por.* erwirbt, da er wissen muss, dass dieser mindestens im letzten Momente durch die Veräusserung stiehlt, eben damit auch stiehlt, sofern er nur nicht gerade den

---

[1]) Der ganze vorstehende Exkurs über das Erforderniss der *bona fides* zum Eigenthums-Erwerb durch Specifikation ist lediglich eine nähere Ausführung von Windscheid I, § 187, Anm. 3 und Anm. 4 z. E., auf Grund der hier gewonnenen Anschauung vom Diebstahle des *m. f. por.*, gerichtet gegen allerhand Missverständnisse der Windscheid'schen Bemerkung, wie sie sich z. B. bei Pfersche a. a. O. finden. Eine nähere Erörterung mit eingehender Litteratur-Besprechung u. s. f. konnte dagegen natürlich diese Frage hier nicht finden.

[2]) Die Widerlegung der eigenen Theorie Witte's, welcher auf onerosen oder lukrativen Erwerb abstellt (Besitzklagen, S. 300, 301) siehe bei Pampaloni S. 329 fg.

[3]) Vgl. l. 3 § 3 i. f. D. de incendio ruina naufragio rate nave expugnata, 47, 9: aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat?

Rückerstattungswillen hat. Der wissentliche Erwerb einer fremden Sache kann also nur dann kein Diebstahl sein (immer wieder abgesehen von der Rückerstattungsabsicht), wenn vom *b. f. por.* oder von einem, welchen der Erwerber für einen solchen hält, erworben wird.

Mehr als dies beweist auch nicht l. 12 C. de furtis 6, 2; in dem Schlusse derselben:

> ... cum etiam hi, qui aliena mancipia comparaverunt, si hanc causam non ignorant, furti actione tenentur —

ist nämlich von jeher, schon seit der Glosse[1]), mit Recht das „*hanc causam*" nicht bloss auf das unmittelbar vorhergehende *aliena mancipia,* sondern auf die durch die ganze Constitution in ihren vorhergehenden Theilen sich ergebende Lage der betreffenden Sklaven als Kinder einer gestohlenen Sklavin, welche beim Diebe der Mutter zur Welt gekommen, also spätestens durch die Veräusserung Seitens dieses Diebes an diejenigen, welche *hanc causam non ignorant*, gestohlen worden sind, bezogen worden.

b) Spricht also l. 12 C. nicht dafür, dass im allgemeinen, wer *mala fide* acquirirt, stiehlt, so sprechen weiterhin dagegen, wie Pfersche richtig anführt, l. 17 C. de rei vind. 3, 32 mit argumentum e silentio und l. 2 § 1 D. pro emptore 41, 4, indem sie denjenigen, *qui sciens rem alienam emit*, als *possessor pro emptore,* nicht *pro suo* oder *pro possessore* kennzeichnet. Ein fernerer Beweis, dass, wer in blosser *mala fides* acquirirt, nicht als Dieb behandelt wird, scheint mir aber noch erbracht werden zu können durch l. 2 § 10 und 12 D. pro emptore 41, 4:

> (Paulus). § 10. Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam, licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies. —
>
> § 12. Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait; quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam .....

Hieraus geht hervor: Kauft ein Sklave *non peculiari nomine* eine Sache, *quam scit alienam, dominus ignorat alienam,* so wird dieselbe durch diesen Erwerb nicht furtiv, der Herr kann sie er-

[1]) So richtig Pfersche, S. 130, Anm. 1; s. gl. Comparaverunt ad h. l.; vgl. aber auch Schirmer, Grundidee der Usukapion, S. 136. — Ob man dies näher wie im Text ausführt oder die hier fraglichen *mancipia* direkt als gestohlene bezeichnet, ist ziemlich irrelevant.

sitzen.[1]) Oder weiter auseinandergelegt: wenn die von dem Sklaven in *mala fide* für sein *peculium* erworbene Sache von dem Herrn, der in *bona fide* ist, nicht ersessen werden kann — Fall der l. 2 § 10 cit. —, so kann man den Grund hierfür entweder bloss darin finden, dass der Sklave beim Erwerb des Besitzes in *mala fide* war, dass diese *mala fides* in diesem Falle des Pekuliar-Erwerbes nach § 12 auch dem Herrn schadet und nun also als zu Anfang vorliegende *mala fides* die Usukapion ausschliesst, eine sicherlich schon für sich allein ausreichende Begründung; oder man kann ausserdem noch als Grund heranziehen, dass durch den vom Sklaven vorgenommenen Erwerb in *mala fides* die Sache furtiv, die Usukapion ein für alle Male ausgeschlossen werde. In dieser Doppel-Möglichkeit ergibt sich die Entscheidung aus folgender Betrachtung. Erwirbt der Sklave *non peculiari nomine*, so kömmt sein Wissen nach § 12 nicht in Betracht; nehmen wir also an, dass sein Wissen es ist, in Folge dessen allein der Herr in § 10 nicht usukapirt, so wird im Falle, dass der Sklave *non peculiari nomine* acquirirt hat, der Herr im Augenblick der Kunde von dieser Acquisition, wenn er in diesem Augenblicke selbst noch in *bona fides* ist, zu ersitzen beginnen, trotz der *mala fides* des Sklaven; dann hat die Hervorhebung des Umstandes, dass der Erwerb *peculiari nomine* geschieht, in § 10 ihren guten Sinn. Nehmen wir dagegen an, dass in § 10 auch Furtivität mitspielt, so würde der in *bona fide* befindliche *dominus* auch solche Sachen, welche *non peculiari nomine* von dem in *mala fide* befindlichen Sklaven erworben wären, nicht ersitzen können; dann hätte es also gar keinen Sinn, dass § 10 den Erwerb *peculiari nomine* hervorhebt. Wir werden also, wollen wir dem Zusatze des § 10 „*peculiari nomine*" Gerechtigkeit widerfahren lassen, annehmen müssen, dass der in *mala fides* vorgenommene Erwerb des Sklaven die Sache hier nicht furtiv macht. Damit ergibt sich dann aber ohne weiteres, dass überhaupt regelmässig Erwerb einer Sache in *mala fides* kein Diebstahl ist, denn genau dieselben Sätze, welche für die Frage, ob

[1]) Natürlich nur, falls er auch noch im Momente, in welchem er Kunde von der Acquisition seines Sklaven erhält, *ignorat rem alienam*, denn im Falle des nicht pekuliaren Sklaven-Erwerbs beginnt die Usukapion ja erst mit der Kunde des Herrn vom Erwerbe, § 11 eodem, während sie im Fall des Pekuliar-Erwerbes mit diesem beginnt.

ein Sklave einen Diebstahl begeht, gelten, stehen unzweifelhaft auch für den Diebstahl Seitens eines Freien und überhaupt für jeden Diebstahl in Gültigkeit, der Sklave unterliegt in dieser Beziehung keinen besonderen Regeln.[1])

Die vorläufige[2]) Erklärung des hiermit quellenmässig begründeten Satzes, dass Erwerb in einfacher *mala fides* Diebstahl nicht ist, sondern nur dann Diebstahl vorliegt, wenn wissentlich vom Diebe, nicht um die Sache dem Eigenthümer zurückzustellen, erworben ist, ergibt sich aus unseren früheren Betrachtungen ziemlich einfach. Ebensowenig wie wir gezwungen sind, bei jedem, welcher *mala fide* schon im Besitze ist, diebische Absicht anzunehmen, ebensowenig braucht solche bei jedem vorzuliegen, welcher sich, wissend, dass er nicht Eigenthümer ist, in Besitz erst setzt; deshalb wird diesem die Annahme der Möglichkeit redlicher oder wenigstens, wennschon unredlicher, so doch nicht bis zu der Höhe des *animus furandi* in der Unredlichkeit reichender Absicht zu Statten kommen müssen. Diese Annahme kann aber allerdings nicht mehr Platz greifen für denjenigen, welcher wissentlich vom Diebe acquirirt, es sei denn, dieser acquirire, um zurückzuerstatten; dieser begeht daher, mit Ausschluss allein jenes ganz eigenen Falles der Rückerstattungs-Absicht, einen Diebstahl; auf jenen ganz eigenen Fall bei ihm allgemeine Rücksicht zu nehmen, hat aber, wohl wegen der Seltenheit desselben, das Recht für überflüssig gehalten.

6) Der *m. f. por.* begeht keinen Diebstahl, indem er die Früchte der in *mala fides* besessenen Sache percipirt. — Entschiedenster Gegner dieses Satzes in unserer Epoche ist wohl v. Ihering[3]), dessen Haupt-Argument ist, aus dem Gesichtspunkte des *furtum* erkläre sich die bekannte Bestimmung der XII Tafeln, dass bei der Vindikation der Besitzer im Falle seines Unterliegens den doppelten Werth der Früchte zurückgeben muss, ein Grund, dessen Beweiskraft er selbst jedoch wesentlich ab-

---

[1]) l. 14 D. de O. et A. 44, 7; besonders: l. 17, l. 35 § 1, l. 36 § 1, l. 41 § 2, l. 42 § 1, l. 44 § 2, l. 52 § 15 D. h. t. 47, 2.

[2]) Eingehendere und systematischere Erklärung behalte ich mir in diesem Falle wie in allen übrigen Fällen dieses Abschnittes auf den folgenden Abschnitt vor.

[3]) v. Ihering, Geist des Römischen Rechts, Bd. 3, Abth. 1, S. 31 und S. 187, Note 234; Schuldmoment im Römischen Privatrecht S. 23, Anm. 34.

schwächt durch den in Klammern beigefügten Hinweis auf die Thatsache, dass das Doppelte verfiel „ohne Rücksicht auf *bona* oder *mala fides.*“ Diebstahls-Strafe bei *bona fides* anzunehmen, bleibt doch (trotz der zweifellos richtigen Bemerkung von v. Ihering, Schuldmoment, S. 11) immerhin in jedem einzelnen nicht ausdrücklich bezeugten Einzelfalle gar bedenklich; drängt sich da nicht die Annahme auf, dass das *duplum* eher vom Gesichtspunkte eines reichlich zu gewährenden Schadenersatzes, die Verpflichtung zu diesem selbst aber bloss aus unrechtmässigem, nicht geradezu diebischem Haben erklärt werden muss? Wenigstens bei *bona fides* wird man diese Erklärung, bei welcher immer noch die geringe Rücksicht des alten Rechts auf die subjektive Schuld mit herangezogen werden muss, mindestens aber die in *bona fide* befindliche unterliegende Partei mit dem Makel diebischer *infamia* zu behaften vermieden wird, lieber annehmen; dann steht aber auch nichts mehr im Wege, sie gleichfalls für den Fall der *mala fides* anzuwenden. [1])

Dagegen trifft im übrigen die heutige Jurisprudenz immer mehr dahin zusammen, Diebstahl hier zu leugnen [2]), so dass ich im wesentlichen nur die von dieser zusammengetragenen Argumente darzustellen und zu prüfen habe; jedoch ist der Fall, in welchem der *m. f. por.* schon Dieb der Hauptsache ist, zunächst auszunehmen und dann besonders zu erörtern, da von ihm ganz andere Anschauungen und Grundsätze gelten.

a) Was zunächst die allgemeinen Principien betrifft, aus welchen folgen soll, dass der percipirende *m. f. por.* nicht stiehlt, so ist da allerdings bei den Vorgängern wenig Befriedigendes zu finden. Wenn Wetzell meint, der *m. f. por.* erwerbe die Früchte als besondere Sachen, ohne sie neu apprehendiren zu müssen; und Göppert ähnlich ausführt, die Aneignung von Früchten, welche, nach dem Diebstahl oder dem sonstigen *mala fide* Erwerb

---

[1]) Das Resultat, auf welches es v. Ihering wesentlich ankömmt, dass es nämlich ein Satz lediglich des neueren Rechts sei, wenn die *rei vindicatio* auch auf die in der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, bleibt, unerschüttert hierdurch, in seiner nicht anzuzweifelnden Richtigkeit bestehen.

[2]) Wetzell, Vindikationsprozess, S. 66; Witte, Bereicherungsklagen, S. 302—304; Göppert, Organische Erzeugnisse, S. 201 fg.; Pampaloni S. 306—320; Pfersche S. 230 fg.

separirt, als selbstständige Sachen nie im Besitze des Sacheigenthümers oder eines sonstigen Dritten gewesen seien, könne nicht das zum *furtum* nöthige Entziehen, Wegnehmen darstellen: so sind sie doch wohl beide auf falschem Wege. In dem objektiven Thatbestande der Contrektation wird nie ein Grund gefunden werden können, warum der *m. f. por.* durch Perception sich die, natürlich in das Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache fallenden, Früchte nicht aneigne; die Contrektations-Handlung ist mit der Perception gegeben: denn wenn schon ein Weitergeben, Veräussern einer *mala fide* besessenen Sache zur Contrektation der ganzen Sache genügt, so erst recht zur Contrektation der Früchte die Einheimsung dieses von der in *mala fide* besessenen Sache sich in neuer und selbstständiger Form bietenden Gewinnes, mag man nun in Bezug auf die Frage, ob die Frucht nach der Separation ein ganz neuer Gegenstand oder mehr oder weniger modificirt der alte ist, irgendwelcher Theorie auch immer beitreten. Vielmehr ist der wahre Grund dafür, warum die vom *m. f. por.* vorgenommene Perception der Früchte regelmässig nicht als Diebstahl erscheint, lediglich auf der Willens-Seite zu finden; die Frucht-Perception ist keineswegs ein Akt, welcher zweifellos den *animus lucri faciendi* des Percipienten an den Tag legt, sondern eine im Laufe regelrechter Bewirthschaftung erfolgende Thätigkeit, welche dafür, ob der Besitzer zu seinem *lucrum* oder für den Eigenthümer oder in jener vielbesprochenen schillernden Zwischenabsicht, jenachdem zurückzugeben oder zu behalten, thätig ist, gar keinen Hinweis enthält. Deshalb darf denn eine solche Thätigkeit im Zweifel nicht gegen den Besitzer interpretirt werden und deshalb ist in ihr als solcher kein Diebstahl zu finden.[1])

Eine direkt uns dies versichernde Quellen-Stelle existirt allerdings nicht[2]); unter den in der Litteratur vorkommenden indirekten

---

[1]) Diesen richtigen Gesichtspunkt deutet übrigens schon an Witte, a. a. O., S. 302, leider jedoch in Vermengung mit den Resultaten seiner eigenthümlichen, auf l. 126 pr. D. de R. J. 50, 17 gegründeten Theorie; vgl. oben S. 168, Anm. 2.

[2]) „Denn die von Böcking (§ 145, Note 18) angeführte l. 25 § 2 D. de furtis 47, 2 bezieht sich, wie Schirmer zu Unterholzner, Verjährung, Bd. 1, S. 266, Anm. **), mit Recht bemerkt, auf den an stehenden Früchten von einem Nichtbesitzer verübten Diebstahl.“ Göppert a. a. O., S. 201, Anm. 23.

Beweisen sind manche gar nicht haltbar, manche geeignet höchstens zur Beglaubigung, einige aber doch völlig schlusskräftig.

Wenn einige Stellen[1]) besagen, der *b. f. por.* einer *ancilla furtiva,* welcher vor Geburt des Kindes derselben in schlechten Glauben kömmt, könne dieses Kind nicht ersitzen wegen Mangels der *bona fides* beim Ersitzungsanfange; nicht aber hinzufügen, dass ausserdem als objektives Usukapionshinderniss in Betracht komme die durch die in *mala fide* stattgehabte Perception des Neugeborenen entstandene Furtivität desselben, so dass dasselbe nun auch in weiterer Hand unersitzbar bliebe: so liegt in diesem Stillschweigen noch keineswegs genügender Beweis dafür[2]), dass eben diese Furtivität auch nicht entstanden wäre; umsoweniger, als diese Stellen sämmtlich die späteren Schicksale des Neugeborenen, Uebergang desselben in eine weitere Hand und Möglichkeit, dass es nun dort usukapirt werde, gar nicht in Betracht ziehen. Anders verhielte es sich mit der Beweiskraft der betreffenden Fragmente, wenn sie, wie Göppert behauptet, auch in ihrem Wortlaut „das Gegentheil", nämlich der entstehenden Furtivität, die objektive Usukapirbarkeit andeuteten; eine irgendwie klare Andeutung dieser Art vermag ich jedoch nicht zu entdecken.

Ein weiteres Argument will Göppert[3]) finden in dem Ende von l. 55 D. de condictione indebiti 12, 6.

> (Papinianus): Si urbana praedia locaverit praedo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit non repetitur, sed domino erit obligatus. idemque iuris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit aut exercuerit, item mercedibus servorum, quorum operae per ipsum fuerint locatae. nam si servus non locatus mercedem ut domino praedoni rettulit, non fiet accipientis pecunia. quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo. quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt.

---

[1]) l. 4 § 18; l. 33 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3; l. 11 § 3 D. de Publ. act. 6, 2; l. 4 pr. D. pro suo 41, 10.

[2]) Wie Göppert, a. a. O., S. 202 meint.

[3]) Göppert, a. a. O., S. 203 sieht darin einen Gegensatz gegen l. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1.

Aus dem Schlusssatze dieser Stelle soll gefolgert werden, der Herr könne von dem *m. f. por.* nur diejenigen von letzterem percipirten Früchte condiciren, welche sein, des Herrn, Eigenthum gewesen seien, eine Beschränkung, welche gegen den Frucht-Diebstahl zeugen soll; dem liegt aber doch wohl eine Verwechslung zu Grunde, denn der Schlusssatz redet von der Condiktion keineswegs des Herrn, sondern des Dritten, welcher für Miethe der Sache dem *praedo* Miethgeld u. s. f. geleistet hat, also von der *condictio indebiti*; sonst wäre auch das, was *dici solet,* gar zu selbstverständlich. Aus dem Zusammenhange der Stelle geht nämlich hervor, dass der Schlusssatz umschreibend so übersetzt werden muss: Was man gemeinhin sagt, es stehe dem Dritten gegen den *praedo* wegen der von dem ersteren an den letzteren gezahlten Fracht, Miethe u. s. f., welche als *fructus* der Sache erscheint, eine *condictio indebiti* zu, greift Platz nur dann, wenn der Eigenthümer vermiethet, verpachtet u. s. f. hatte, so dass er der Forderungs-Berechtigte aus den betreffenden Verträgen, deren Ergebniss als Frucht der Sache erscheint, diese Frucht der Sache also sein, des Eigenthümers, war; dagegen trifft es nicht zu, wenn der *praedo* selbst verpachtet, vermiethet u. s. f. hatte, so dass der *praedo* wirklich Forderungsberechtigter dem Dritten gegenüber, die Frucht der Sache also zunächst sein, des *praedo,* ist. — So viel gegen Göppert; dass die Stelle auch nicht anderweitig für uns verwerthet werden kann, da Diebstahl durch Perception überhaupt nur bei *fructus naturales,* nicht bei *fructus civiles* zu construiren ist, bemerkt ja dieser Schriftsteller [1]) selbst.

Von einer ganz anderen Seite greift eine andere Gedankenkette die Sache an. [2]) Sie geht davon aus, dass der *m. f. por.* nicht nur für die von ihm auf Ziehung und Perception der Früchte, sondern auch für die von ihm auf Conservirung der Früchte gerichteten Kosten Ersatz verlangen könne, resp. diese Kosten von dem Werthe der zu ersetzenden Früchte in Abzug bringen dürfe. Dem Diebe aber sei Gleiches nicht gestattet; denn wenn man selbst wegen der ganz allgemeinen Sätze, welche besagen, *quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus*

---

[1]) Göppert, a. a. O., S. 203, Text zu Anm. 32.

[2]) Pampaloni, a. a. O., S. 314—315.

deminuere debere[1]), zugeben müsse, dass der Dieb sich beim Frucht-Ersatz diejenigen Bestellungs- und Einheimsungs-Kosten, welche auch dem Herrn entstanden wären, abrechnen darf, indem er dadurch, dass er dem Herrn den Netto-Gewinn, welchen dieser gezogen haben würde, auszahlt, ihm vollen Schadenersatz gewährt: so dürfe doch der Dieb von ihm gemachte Auslagen, welche sich bloss auf Erhaltung der Früchte beziehen, gewiss nicht in Ansatz bringen, ebensowenig wie die auf Erhaltung der Hauptsache gerichteten Ausgaben.[2]) Es werde also der *m. f. por.* in Bezug auf die von ihm percipirten Früchte anders als ein Dieb behandelt. — In dieser Ausführung ist aber gerade der Grundsatz, dass der *m. f. por.* auch für Kosten der Conservirung der Früchte Ersatz-Anspruch habe, keineswegs genügend bezeugt, wennschon ich denselben für ganz richtig halte; nur lässt er sich eben erst, nachdem festgestellt ist, dass Frucht-Perception Seitens des *m. f. por.* kein Diebstahl ist, ableiten. Denn direkt quellenmässig überliefert ist er uns nur für den Erbschaftsbesitzer[3]); bei diesem aber entsteht, ganz abgesehen von den Zweifeln, ob das von ihm Bemerkte sich überhaupt auf den Einzel-Besitzer übertragen lässt, die besondere Lage, dass er keinenfalls die Früchte stiehlt, da *furtum rei hereditariae fieri non potest.* Wenn er also gerade in diesem besonderen Punkte anders behandelt wird, als ein *fur*, so folgt daraus für den gewöhnlichen *m. f. por.* gar nichts. Wollte man aber den Satz, dass auch dem gewöhnlichen *m. f. por.* Ersatz für die auf Erhaltung der Früchte gerichteten Ausgaben zukömmt, irgendwie indirekt herleiten, so würde man dabei immer erst voraussetzen müssen, dass er sie nicht schon durch Perception gestohlen hat; denn die Sache verhält sich einfach so, dass, wenn er die Früchte durch Perception

[1]) l. 46 D. de usuris 22, 1 von Ulpian; ebenso l. 1 C. de fructibus 7, 51.

[2]) arg. l. 1 C. de infantibus expositis 8, 51.

[3]) L. 36 § 5 D. de heredit. pet. 5, 3 (Paulus), in welcher natürlich, wie in solchen Fällen stets, *praedo* nicht den Dieb, sondern jeden *m. f. por.* bezeichnet, sagt:

„Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum cogendorum *conservandorumque* eorum gratia fiunt. quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit."

nicht stiehlt, Niemand seinen Anspruch, für solche weiter auf sie gerichtete *impensae necessariae* Ersatz zu erhalten, bestreiten wird; dass dagegen, wenn er sie stiehlt, er eben deshalb von da ab Ersatz selbst wegen *impensae necessariae* nicht mehr verlangen kann. Dieser Weg erweist sich demnach als eine Sackgasse.

Einen gewissen Wahrscheinlichkeits-Schluss gestattet schon eher l. 44 § 2 D. de usurp. et usuc. 41, 3:

(Papinian): Etsi possessionis, non contractus rationem quod ad usucapionem pertinet inspici placet, nonnunquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis quae bonam fidem habuit inspiciamus, velut circa partum eius mulieris, quam bona fide coepit possidere; non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit. Idem in servo postliminio reverso dictum est.

Diese Ansicht des Grossmeisters ist freilich von der späteren Jurisprudenz mit der Grundauffassung, aus welcher sie hervorgeht, aufgegeben worden, dass nämlich der Fruchtbesitz nur legitimirbar, aber auch schon sattsam legitimirt sei durch das Geschäft, mittels dessen man die Muttersache erworben hat[1]); doch hätte auch Papinian sich so wie in l. 44 § 2 cit. nicht wohl ausdrücken können, wenn das blosse *percipere* in *mala fide* Diebstahl wäre, ein Umstand, an welchem die Rückführung auf das Erwerbsgeschäft der Mutter nichts zu ändern vermöchte.

Ebenso lässt sich mit einer anderen Stelle operiren, welche gleichfalls eine später verworfene Ansicht vorträgt, der oben schon mehrfach citirten[2]) l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1. Wie dieses Fragment schon einmal dazu verwendet werden konnte, um zu zeigen, dass das Römische Recht sich den in *malam fidem supervenientem* gerathenen Besitzer deshalb nicht nothwendig als einen Menschen diebischer Gesinnung gedacht hat; so ergibt sich auch aus ihr, dass man die Perception der Früchte in *mala fide* wohl kaum je als Diebstahl angesehen hat[3]): denn in beiden Fällen wäre Julianus keinenfalls dazu vorgeschritten, dem in *malam fidem supervenientem* gerathenen Besitzer Eigenthum an den nach-

[1]) l. 4 § 18 D. de usurp. et usuc. 41, 3; vgl. Göppert, Organische Erzeugnisse, 257—259, bes. Anm. 40.

[2]) Oben S. 48 und S. 73 fg.

[3]) Pampaloni, S. 315, findet hierin ein *argomento validissimo*.

her eingezogenen Früchten zuzusprechen. Der ganze Schluss reicht nur nicht sehr weit; denn da Julianus und Papinianus offenbar die *mala fides superveniens* anders betrachtet wissen wollen, als anfängliche *mala fides*, so kann man aus ihrer Ansicht auch nur für den Fall dieser besonderen *mala fides* folgern; beide Stellen ergäben demnach nur, dass, wer trotz *mala fides superveniens* Früchte weiter percipirt, nicht stiehlt, ein uns nicht genügendes Resultat.

Näher rücken wir dem gewünschten Ergebnisse auf dem Umwege über die *condictio*, welche dem Eigenthümer wegen der Früchte neben der *rei vindicatio* gegen den *m. f. por.* gegeben ist; die Frage nimmt hier die Gestalt an, ob diese Condiktion eine *condictio furtiva* oder irgend welche andere Condiktion ist; ist sie eine *furtiva*, so ist auch die Perception *furtum*, ist sie es nicht, so kann auch die Perception nicht *furtum* sein: der Zusammenhang dieser beiden Dinge ergibt sich ohne weiteres und ist auch von fast allen Schriftstellern, welche diese Frage behandelt haben, anerkannt. Eine Ausnahme bildet Witte[1]), welcher die Perception nicht als Diebstahl, die Condiktion aber als *condictio furtiva* erklärt, indem er die Handlung, durch welche der Besitzer stiehlt, nach der Perception, aber vor die Condiktion verlegt, in die Consumption nämlich. Diese Annahme könnte jedoch bloss dann gerechtfertigt erscheinen, wenn die Condiktion gegen den *m. f. por.* bloss ginge wegen *fructus consumpti*[2]); sie geht aber gegen ihn, ganz abgesehen von der keineswegs absolut ausgeschlossenen Möglichkeit, dass sie auch wegen *extantes* angestellt werden könne, jedenfalls wegen aller *absumpti*, d. h. aller bloss weggekommenen, einerlei ob durch Consumption oder anderswie,

---

[1]) Dogmatische Jahrbücher V, 98; u. a. a. O.

[2]) Witte's Ansicht würde demnach eher zutreffen bei der Condiktion gegen den *b. f. por.*, denn diese geht allerdings nur auf *fructus (post litem contestatam) consumpti*. Dann müsste man sich aber noch entschliessen anzunehmen, dass die Condiktion gegen den *m.* eine andere ist als die gegen den *b. f. por.*; und auch die Consumption dieses letzteren wird schliesslich wieder als Diebstahl nicht construirt werden können, da er selbst Eigenthümer und Besitzer der von ihm consumirten Früchte war, seine Handlung also weder Eigenthum noch Besitz verletzt, Verletzung eines dieser beiden Rechtsverhältnisse aber zum Diebstahle wesentlich ist, vgl. l. 81 § 7 D. h. t. 47, 2. Auf diesen letzten Umstand macht mich aufmerksam Zitelmann, von welchem demnächst eine nähere Erörterung dieser Stelle in anderem Zusammenhange zu erhoffen ist.

durch Thätigkeit oder Nachlässigkeit des Besitzers, so weit sie nur nicht *ante litem contestatam* casuell zu Grunde gegangen sind. In l. 22 § 3 D. de pign. act. 13, 7 und l. 3 C. de cond. ex lege 4, 9 wird allerdings auch in Bezug auf den *m. f. por.* bloss der Gegensatz zwischen *fructus extantes* und *consumpti* gebildet, wonach es scheinen könnte, als haftete der *m. f. por.* für von ihm percipirte, dann aber bei ihm ohne Consumption verschwundene Früchte gar nicht; die Consequenz [1]) verlangt dagegen, dass er auch für diese, wenigstens soweit ihn *culpa* trifft, hafte, wenn ihm auch Casus-Haftung für die Zeit vor dem Prozess nicht zugemuthet werden kann; und demgemäss bildet denn wirklich l. 4 § 2 C. expil. hered. 9, 32 die alle Fälle umfassende Gegenüberstellung *extantes* — *absumptos* [2]), so dass nun die beiden anderen Stellen dahin erklärt werden müssen, dass bei ihnen nur aus den verschiedenen Fällen der Absumption der gewöhnlichste der Consumption herausgegriffen ist. Geht demnach die Condiktion gegen den *m. f. por.* auch wegen solcher Früchte, welche ihm nach der Perception in Folge ungenügender Aufsicht, schlechter Aufbewahrung u. s. f. abhanden gekommen sind, also in Fällen, in welchen nach der Perception bloss *culpa,* kein *dolus,* also sicherlich kein Diebstahl mehr vorliegt; und sollte diese Condiktion eine *condictio furtiva* sein: so müsste das zu Grunde liegende *furtum* in der allen Fällen einzig gemeinsamen Handlung liegen, welche allenfalls als Diebstahl angesehen werden könnte, nämlich in der Perception; die Annahme, dass der Diebstahl erst in der Consumption liege, ist nicht im Stande, die Condiktion im allgemeinen als *furtiva* erscheinen zu lassen, die Witte'sche Scheidung, nach welcher die Klage eine *furtiva*, die Perception kein Diebstahl wäre, also zu verwerfen. [3]) Sollte sich dagegen herausstellen, dass die Perception kein Diebstahl, die Condiktion gegen den *m. f. por.* im allgemeinen keine *condictio furtiva* ist, so bleibt es natürlich vollständig denkbar, dass nun der Percipient weiterhin noch stöhle, etwa durch Consumption, falls diese Diebstahl ist, und sich damit weiter auch noch einer aus dem Diebstahl gegen

---

[1]) Vgl. Windscheid I § 194, Anm. 2.

[2]) Nach der Mommsen'schen Lesung; die älteren Ausgaben haben auch hier „consumptos".

[3]) Diesen Einwand gegen Witte deutet schon an Göppert S. 202, Note 27; aber noch ohne die Stütze der neuen Lesung der l. 4 § 2 C. cit.

ihn entspringenden gewöhnlichen *condictio furtiva* unterwürfe, in welcher die Eigenschaft der gestohlenen Sache als Frucht gar keine Rolle mehr spielen würde.

Einmal auf diesem Standpunkt angekommen, wird uns ein jedes Argument, welches die Frucht-Condiktion gegen den *m. f. por.* als eine nicht furtive darlegt, zugleich ein für uns entscheidendes. Solcher Argumente aber sind wieder verschiedene vorgebracht worden.

Auf den ersten Blick bietet sich die Betrachtung, dass eine *condictio furtiva* auch wegen *fructus extantes* verwendbar sein müsste, während die Quellen bloss von *absumpti* oder *consumpti* reden; leider wird nur die Schlüssigkeit dieses Grundes stark dadurch erschüttert, dass es trotzdem nicht völlig sicher steht, ob die Condiktion wegen *extantes* ausgeschlossen ist.[1]) Denn obgleich es heisst *extantes vindicari — absumptos condici,* so kann man dies doch so erklären, dass die Vindikation als die sicherere und bequemerere Klage betrachtet, die Condiktion deshalb bloss da genannt wird, wo jene unmöglich ist, während sie an und für sich auch neben der Vindikation möglich wäre; dass die *extantes* nicht condicirt werden könnten, ist ausdrücklich nie gesagt, ja l. 4 § 2 D. finium regund. 10, 1 scheint mir sogar eher dagegen zu sprechen.[2]) Hier ist also nichts Entscheidendes zu erreichen.

Sodann meint Göppert[3]), unsere Condiktion gehe nicht bloss auf *fructus naturales,* sondern auch auf sonstige Erträgnisse, *pensiones* u. dgl., an welchen ein Diebstahl doch nicht construirbar sei. Die beiden Behauptungen sind unbedingt richtig; jedoch nicht so sicher der Schluss aus ihnen; denn *fructus naturales* und *civiles* sind so verschiedene Gegenstände[4]), ihre Zusammenfassung unter dem Namen *fructus* eine so lediglich äusserliche, den wirthschaftlichen mehr als den juristischen Verhältnissen Rechnung tragende, dass man versucht sein könnte, sich mit der Annahme zu helfen, auch die Condiktion sei eine ganz andere, je nachdem

[1]) So richtig Pampaloni S. 315.

[2]) (Paulus): ... aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, si eos consumpsit. aut mala fide et condici oportet.

[3]) Göppert, a. a. O., S. 203.

[4]) Vgl. Windscheid, Ueber das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten (in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F., Bd. 4, Jahrgang 1847), Abschnitt XIX (S. 132 fg.). —

sie sich auf *naturales* oder *civiles* richtet. — Einem ähnlichen Einwurf setzt Pampaloni's Beweisführung[1]) sich aus, welche die Condiktion gegen den *m. f. por.* deshalb nicht als *furtiva* will gelten lassen, weil unzweifelhaft diejenige gegen den *b. f. por.* keine solche sei. Letzteres wird wohl richtig sein, wenn es auch keineswegs so ganz klar steht; aber man könnte erwidern, die Klage gegen den *m. f. por.* sei eben eine andere als die gegen den *b. f. por.*, was jedenfalls sehr schwer zu widerlegen wäre.

Dagegen scheint mir nichts eingewendet werden zu können gegen den folgenden, gleichfalls von Göppert a. a. O. vorgetragenen Schluss: Die *condictio furtiva* geht auf *id quod interest* und in Folge dessen auch auf *fructus* der entwendeten Sache, l. 8 § 2 D. de condictione furtiva 13, 1; bei der Frucht-Klage gegen den *m. f. por.* ist nicht nur keine Rede davon, dass derselbe *fructus* der als Hauptsache condicirten *fructus* oder Zinsen für ihren Werth zu leisten hätte, sondern es wird solches sogar geradezu von l. 15 D. de usuris 22, 1 für ausgeschlossen erklärt; die Frucht-Condiktion gegen den *m. f. por.* kann daher keine *condictio furtiva* sein.[2])

Ist mit diesem Ergebnisse zugleich festgestellt, dass die Perception der Frucht Seitens des gewöhnlichen *m. f. por.* kein Diebstahl ist, so dürfte zu diesem letzteren Satze doch auch noch von einem anderen Ausgangspunkte zu gelangen sein, welcher, in neuerer Zeit weniger hervorgehoben, allerdings nicht zu so quellenmässig exakten Schlüssen benutzt werden kann, aber doch zum Ziele führt und zwar auf einem Wege, bei welchem den inneren Gehalt unserer Ansicht zu berühren sich Gelegenheit bietet. — Der *m. f. por.* haftet, wie wir wissen, wegen *fructus percipiendi;* er haftet für solche, welche er hätte gewinnen können; d. h. er haftet nicht deliktmässig aus unredlichem Besitze auf Schadensersatz; sondern deshalb, weil er, wenn er wie ein redlicher Besitzer einer fremden Sache, welcher er sehr wohl sein kann, handeln will, alle Sorgfalt auf die Gewinnung von Früchten für den Herrn richten muss. Muthet ihm aber das Recht in dieser

---

[1]) Pampaloni, a. a. O., S. 317.

[2]) Was sie wirklich ist, ist für uns irrelevant; v. Savigny, System V, S. 523—524 erklärt sie für eine *condictio sine causa;* Wetzell und Göppert a. a. O. bezeichnen sie als *condictio ex iniusta causa.*

Weise zu verfahren zu, so kann es ihn unmöglich andererseits deshalb, weil er, seiner Aufgabe nachkommend, zur richtigen Zeit die Früchte percipirt, als Dieb behandeln; ist die ganze *m. f. pio.* kein Diebstahl, so kann es auch die ganze Bewirthschaftung der Sache nicht sein; muss dem *m. f. por.* als solchem in Bezug auf die Inhabung der Hauptsache die Vermuthung zu Gute kommen, dass er redlicher oder wenigstens nicht diebischer Gesinnung sein könne; so muss ihm dieselbe auch zu Gute kommen bei der Bestellung der Hauptsache und der dann weiter sich ergebenden Perception der aus dieser Bestellung hervorgehenden Früchte. Denn davon, dass diese Bestellung und Perception einen entschiedenen Hinweis auf Uebergang zur diebischen Gesinnung enthielte, kann schon an und für sich nicht die Rede sein, erst recht aber nicht im Zusammenhange mit dem Satze, dass auf *fructus percipiendi* höchste Sorgfalt zu verwenden sogar Pflicht des *m. f. por.* ist. Hierauf hat nicht nur schon Witte, allerdings ausserhalb des hier mit der ganzen Lage und allgemeinen Behandlung des *m. f. por.* hergestellten Zusammenhanges, verwiesen; sondern man stösst auf diese Beweisführung bereits bei dem Glossator Jacobus, welcher unsere Ansicht in lebhafter Weise gegen Martinus vertreten hat.[1]) Wenn Pampaloni dagegen meint geltend machen zu müssen[2]), der *m. f. por.* hafte wegen *fructus percipiendi* zur Strafe für seine *mala fides*, es sei gerade die Absicht des Gesetzes, ihn allseitig schlecht zu stellen, so dass, während er für *fructus percipiendi* einsteht, ihn doch die Perception zum Diebe mache; so weiss ich nicht, ob eine solche Widerlegung, mit welcher das Recht in wahrer Perfidie dem unglücklichen *m. f. por.* zumuthet, sich, wie er auch immer handelt, ein Vergehen aufzubürden, den Beifall auch nur derjenigen verdienen kann, welche im allgemeinen Pampaloni's Auffassung von der *m. f. pio.* theilen; von unserem Gesichtspunkte aus fällt dieser Widerspruch Pampaloni's ohne weiteres hinweg.

Nach alledem betrachte ich den Satz, dass der gewöhnliche *m. f. por.* durch Perception der Früchte nicht stiehlt, sogar als

---

[1]) Witte, a. a. O., S. 302. — Für die Controverse zwischen Jacobus und Martinus s. Haenel, Dissensiones dominorum, Vetus Collatio § 70, wo sich schon alle hier besprochenen Argumente für und wider verwerthet oder wenigstens angedeutet finden.

[2]) Pampaloni, a. a. O., S. 314.

einen der festest begründeten, zu welchen auf diesem ganzen Gebiete sich gelangen lässt.

b) Ganz anders stellt sich dagegen die Frage dar, ob der Dieb durch Perception der Früchte der gestohlenen Sache abermals stiehlt.

Einerseits kommen hier alle Beweise, welche dafür angeführt worden sind, dass der gewöhnliche *m. f. por.* nicht stiehlt, in Wegfall; denn erstens haftet der Dieb unzweifelhaft für die Früchte der gestohlenen Sache, wie überhaupt für vollen Schadensersatz, mit der *condictio furtiva;* zweitens ist der Schluss von der Haftung für *fructus percipiendi* auf Unmöglichkeit des Diebstahls nicht mehr zutreffend, denn der Dieb soll nicht Früchte ziehen und diese dem Bestohlenen abliefern, so dass ihm eine Pflicht zugemuthet würde, in deren Erfüllung Diebstahl läge; sondern der Dieb soll dem Bestohlenen Schadensersatz leisten, ohne dass ihm ein Anspruch darauf zustände, diesen Schadensersatz wieder aus der gestohlenen Sache zu ziehen und sich so, soweit möglich, zu erholen, wie der Dieb denn auch nicht bloss für solche Früchte, welche er hätte gewinnen können, einsteht, sondern nicht minder für diejenigen, welche der Herr hätte gewinnen können; und drittens tritt auch die vorher zu Grunde gelegte allgemeine Anschauung, dass der gewöhnliche *m. f. por.* redlicher Gesinnung sein kann, hier ausser Betracht.

Andererseits gibt es jedoch keine direkten Quellen-Zeugnisse, welche bewiesen, dass die Perception der Früchte Seitens des Diebes der Hauptsache Diebstahl wäre; so oft man nämlich auch als solches Zeugniss l. 4 § 19 D. de usurp. et usuc. 41, 3 citirt findet [1]), so kann ich doch die Schlüssigkeit dieses Fragmentes nicht zugeben. In Betracht kommt lediglich sein Anfang, welcher lautet:

> (Paulus): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest. si vero apud bonae fidei emptorem etc.

Nicht als ob ich bestreiten wollte, dass diese Stelle von dem objektiven Usukapionshinderniss der Furtivität handelte; vielmehr bin ich selbst der Ansicht, dass es verkehrt wäre, sie dahin einzuengen, als ob der *fur* bloss selbst die Wolle nicht ersitzen könne;

---

[1]) Zuletzt wieder bei Pampaloni S. 319.

und dass die richtige Interpretation ist diejenige, welche die Stelle so auffasst, als hiesse es: *usucapi non potest nec ab ullo alio.*[1] Aber der Grund, aus welchem dieses objektive Hinderniss der Usukapion eintritt, braucht hier nicht unbedingt in der Perception Seitens des Diebes gefunden zu werden, eine Herleitung des *vitium,* gegen welche sogar spricht, dass uns von Perception „beim" Diebe, nicht „durch den Dieb" berichtet wird; sondern der Grund kann auch darin genügend gefunden werden, dass spätestens in dem Augenblicke, in welchem der Dieb des Schafes die geschorene Wolle veräussert, wenn er bis dahin auch blosser *m. f. por.,* nicht Dieb derselben war, Diebstahl eintritt. Der allgemeine Satz, dass jeder *m. f. por.* veräussernd stiehlt, reicht vollkommen aus, um die l. 4 § 19 zu erklären, ohne dass der besondere Satz, dass der Dieb auch schon Früchte von der gestohlenen Sache percipirend stehle, noch herangezogen werden müsste; allerdings können beide Sätze zur Erklärung von l. 4 § 19 dienen; deshalb ist es auch vermieden worden, dieselbe als Beweis dafür, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, zu benutzen; nachdem dieser letztere Satz aber einmal anderweitig bewiesen ist, wird l. 4 § 19 cit. zum Beweise des anderen Satzes unkräftig.

Erst recht nicht ergibt, dass der Dieb durch Perception der Früchte der gestohlenen Sache stehle, die für diese seine Behauptung von Pampaloni weiter allegirte[2]) l. 12 C. de furtis 6, 2.

> Ancillae subtractae partus apud furem editi priusquam a domino possideantur usucapi nequeunt; matris furem etiam eorum causa furti teneri convenit actione. quapropter furti actione et condictione, vel adversus possidentem vindicatione, de mancipiis uti non prohiberis: cum altera poenam continens alterius electione minime tolli possit. Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla iuris quaestio est. cum etiam hi, qui aliena mancipia comparaverunt, si hanc causam non ignorant, furti actione tenentur.

Den Schluss dieser Constitution haben wir schon in einem

---

[1]) Die verschiedenen in diesem Sinne beweisenden Umstände hat zuletzt kurz und überzeugend zusammengestellt Beer, Ueber die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen gestohlener Sachen, S. 34.

[2]) Pampaloni, a. a. O., S. 319.

anderen Zusammenhange kennen gelernt[1]); hier kommt ihr Anfang in Betracht. Wenn aber in diesem die bei dem Diebe zur Welt gekommenen Kinder der gestohlenen Sklavin für unusukapirbar erklärt werden, so genügt, abgesehen von den bekannten hier einschlägigen, das Sklavenkind speciell betreffenden Streitfragen, abermals schon die Erklärung, dass dieselben mindestens in dem Momente ihrer Veräusserung durch den Dieb der Mutter furtiv werden müssen. Mehr noch scheint Pampaloni sich auf den Satz *matris furem . . teneri convenit* stützen zu wollen, welchen er wenigstens durch gesperrten Druck hervorhebt; Pampaloni scheint demnach anzunehmen[2]), dieser Satz besage, dass der Dieb der Mutter durch Perception der Kinder auch diese stiehlt; der Satz besagt aber bloss, dass den Dieb der Mutter die *actio furti* auch wegen der Kinder trifft, was völlig ausreichend damit erklärt ist, dass überhaupt die *actio furti* auf das Doppelte desjenigen Schadens geht, welchen der Eigenthümer durch den Diebstahl erlitten hat; zu dem aus dem Diebstahl der Mutter dem Eigenthümer entsprossenen Schaden gehört auch, dass ihm die nach dem Diebstahl geborenen Kinder entzogen sind[3]); also geht die *actio furti* wegen Diebstahls der Mutter auch auf diese. Dass sie nochmals besonders gestohlen wären, in ihrer Perception Seitens des Diebes der Mutter nochmals ein Diebstahl läge, deutet unsere Stelle weder an, noch zwingt sie, es anzunehmen.

Auch kann nicht schon deshalb jede Frucht-Perception Seitens des Diebes der Muttersache als Diebstahl erscheinen, weil, wie man allerdings häufig zu sagen pflegt, der Dieb in jedem Momente, in welchem er die gestohlene Sache besitzt und behält, abermals stiehlt, so dass es nun, indem er die Früchte percipirt, gerade so sich verhielte, als stöhle er diese unmittelbar aus der Inhabung des Eigenthümers oder eines von diesem Berechtigten. Denn aus dieser oft gebrauchten Wendung kann man eine derartige Folgerung nur ziehen, wenn man sie ganz wörtlich fasst; so wörtlich gefasst ist sie aber in unseren Quellen nicht enthalten, vielmehr besagen diese nur, dass der Dieb in jedem

---

[1]) S. oben S. 169.

[2]) Pampaloni gibt hier keine näheren Ausführungen, so dass ich auf derlei Vermuthungen angewiesen bin; sollte ich ihm Unrecht mit einer derselben thun, so gereiche dies zu meiner Entschuldigung.

[3]) l. 50 pr.; l. 81 § 1; l. 68 § 1 und 2 D. t. t. 47, 2.

Augenblick, während dessen er die gestohlene Sache inhat, und durch die Thatsache selbst, dass er die gestohlene Sache inhat, in *mora restituendi* sei [1]); und daraus folgt für unsere Frage gar nichts.

Wegen eines letzten Argumentes von Pampaloni endlich, welches dieser aus den „allgemeinen Principien" entnimmt, das aber thatsächlich auf eine Fiktion hinausläuft, kann ich hier kurzer Hand auf eine schon bei früherer Gelegenheit gegebene Widerlegung verweisen. [2])

Unter diesen Umständen sind wir darauf angewiesen, die Frage nach dem Vorhandensein der allgemeinen Diebstahls-Erfordernisse zu stellen und die Entscheidung lediglich aus der Antwort auf diese Frage zu ziehen. Fest steht wohl bei dem Diebe der Muttersache der *animus lucri faciendi;* die Thätigkeit der Perception wird wohl auch zur Contrektation hinreichen; so wäre also schliesslich doch, ohne weiteren Beleg, zu bejahen, dass hier Diebstahl vorliegt, wenn nicht Bedenken zu erwecken geeignet wäre l. 9 pr. D. h. t. 47, 2:

> (Pomponius): Ei qui furti actionem habet adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta.

Nach diesem Fragmente wird man so entscheiden müssen: ist man der Ansicht, dass nach der Separation die Frucht eine ganz neue und von der an der Muttersache hängenden Frucht ganz verschiedene Sache ist: so wird man anzunehmen haben, dass der Dieb der Muttersache durch Perception der separirten Frucht einen neuen Diebstahl begeht; huldigt man dagegen der Neuschaffungs-Theorie nicht, sondern nimmt an, dass die separirte Frucht dieselbe Sache, wie die hängende, jetzt nur zur Selbstständigkeit gelangt, ist: so wird man wegen ihrer als *incrementum rei furtivae*, trotz sie besonders treffender Contrektation, eine besondere *actio furti* nicht geben, in ihrer Perception also keinen neuen Diebstahl erblicken können. [3])

7) Weniger entschieden als die Frage, ob Perception, lässt

---

[1]) l. 8 § 1 D. de cond. furt. 13, 1; l. 7 C. de cond. ob turpem causam 4, 7.

[2]) Pampaloni, a. a. O., S. 320; siehe dagegen oben S. 32.

[3]) So daher, consequenter Weise, Göppert, a. a. O., S. 201.

sich die weitere Frage beantworten, ob Consumption der Früchte Seitens des *m. f. por.* Diebstahl ist. Zwar wird man zunächst hier schwerwiegende Zweifel nicht hegen; der *m. f. por.* kann die Früchte entweder consumiren, indem er sie veräussert, dann scheint die allgemeine Regel Platz greifen zu müssen, dass Veräusserung Seitens eines *m. f. por.* Diebstahl ist; oder er kann sie consumiren, indem er sie selbst verzehrt, auch dann scheint man bei klar vorliegender Contrektation und klar manifestirtem *animus lucri faciendi* Diebstahl annehmen zu müssen. Trotzdem verhält sich die Sache nicht so einfach.

Es drängt sich hier nämlich ein bisher absichtlich in den Hintergrund geschobener Gesichtspunkt so stark auf, dass wir demselben ausdrücklich Rechnung zu tragen nicht mehr umhin können. Wie, wenn der *m. f. por.* die Veräusserung der Früchte bloss im Interesse des Eigenthümers, etwa weil sie bei längerer Aufbewahrung zu Grunde gegangen sein würden, oder weil sie jetzt zu veräussern aus einem sonstigen Grunde nothwendig erschien, oder auch bloss dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Bewirthschaftung zu Folge, vorgenommen hat? Offenbar ist dies nicht nur möglich, sondern sehr häufig denkbar und liegt dann in der betreffenden Veräusserung kein Diebstahl. Ist dies aber der Fall, so muss diese Möglichkeit nicht diebischer Veräusserung ebensogut bei jeder Frucht-Veräusserung des *m. f. por.* wie die Möglichkeit nicht diebischer Absicht im allgemeinen bei seinem Besitze in Betracht kommen, und zwar umsomehr, als regelmässig die Veräusserung der Früchte eine im Laufe der Gesammt-Bewirthschaftung vorzunehmende Handlung sein wird. Ist dies aber als die regelmässige Sachlage anerkannt, so wird nun weiter die Frage entstehen, ob nicht auch für den Fall, dass der *m. f. por.* selbst verzehrt [1]), ihm sich die Möglichkeit eröffnet, sich damit zu entschuldigen, er habe an sich selbst veräussert und vom Momente des Verkaufes an den Marktpreis der betreffenden Früchte als dem Eigenthümer von ihm geschuldet betrachtet? Es leuchtet ein, dass er mit dieser Entschuldigung

---

[1]) Für den Fall, dass er weder veräussert noch verzehrt hat, sondern die Früchte der Sache wieder zu ihrer Bewirthschaftung verwendet, das Heu des *m. f.* besessenen Grundstücks dem auf demselben befindlichen Vieh verfuttert, den zu Balken zersägten gefällten Baum zur Reparatur der Scheune gebraucht u. s. f. liegt natürlich erst recht kein Diebstahl vor.

sehr schwer Glauben finden wird; gelingt es ihm aber darzuthun, dass er seiner Zeit wirklich so verfahren ist, etwa indem er die entsprechende Summe auf Seite gelegt oder die Schuld in seinem Buche gebucht oder an Dritte darüber Mittheilung für alle Fälle gemacht hat oder wie sonst auch immer der Beweis geführt werden mag: so wird man auch diesen als Dieb zu betrachten nicht in der Lage sein; denn sollte selbst solcher Selbst-Verkauf nicht ganz billigenswerth erscheinen, so schliesst er, wenn er wirklich vorliegt, jedenfalls doch den *animus furandi* ohne weiteres aus. Immerhin ist dieser Fall beim Selbst-Verzehr des *m. f. por.* ein so seltener, die stete Rücksicht auf ihn würde so vielen Ausflüchten Thür und Thor öffnen, dass er allgemein in Betracht gezogen zu werden wohl kaum geeignet sein dürfte.

Der mit diesen Betrachtungen in Bewegung gesetzte Gedankenlauf führt nun aber sofort noch weiter. Wenn die Consumption der Früchte, weil sie im Gange ordentlicher Wirthschaft liegt und bisweilen sogar zur Vermeidung des Unterganges nothwendig ist, keinen Diebstahl bildet: ist dann nicht auch, falls dieselben Bedingungen für die Hauptsache vorliegen, die Veräusserung der Hauptsache kein Diebstahl? Diese Frage lässt sich nur unbedingt bejahend beantworten; wenn der Hauptsache Untergang droht oder sie eine solche ist, deren Veräusserung im Gange ordentlicher Bewirthschaftung geboten und zwar gerade jetzt vorzunehmen geboten erscheint, so ist auch diese Veräusserung, mag sie noch so sehr vom *m. f. por.* ausgehen, kein Diebstahl, denn es fehlt der *animus furandi* oder wenigstens die genügende Sicherheit für das Vorliegen desselben, da im Zweifel die Möglichkeit günstigerer Auffassung einwirken muss. Dem widersprechen alle unsere bisherigen Aufstellungen und Resultate ebensowenig wie die Quellenstellen, auf welche jene sich stützen [1]; denn sie alle gehen selbstverständlich von der Annahme aus, dass der *animus furandi* vorhanden und bezeugt sei und untersuchen wesentlich nur, ob der objektive Thatbestand des *furtum* vorliege.

---

[1]) Und selbstverständlich ist dies auch von jeher die Meinung, wenn man lehrt, der *m. f. por.* stehle durch Veräusserung; nicht etwa gegen die in dieser stillschweigenden Voraussetzung liegende ungenaue Formulirung, sondern gegen die objektive Möglichkeit eines solchen Diebstahls richten sich aber die Angriffe von Pfersche und Pampaloni. — Besonders betont diese Seite der Frage Witte, a. a. O., S. 302, Anm. 8.

Der Unterschied zwischen der Veräusserung der Hauptsache und derjenigen der Früchte, ein Unterschied, welcher zugleich erklärt, warum diese ganze Betrachtung bisher als nebensächliche übergangen werden konnte, hier aber als entscheidende hervortritt, ist jedoch der, dass man bei den Früchten eine solche Lage, in Folge deren die Veräusserung nicht mehr als genügende Manifestation des *animus furandi* erscheint, als regelmässig oder mindestens sehr häufig vorhanden wird betrachten können; es liegt im Wesen der Früchte, dass bei ordentlicher Wirthschaft irgendwelche Consumption, Verwerthung, Umsatz derselben binnen ziemlich rascher Zeit stattfinden muss; während bei der fruchttragenden Hauptsache das Vorliegen eines solchen Falles, in Folge dessen die Veräusserung nicht als genügende Manifestation des *animus furandi* erscheint, etwas ausserordentlich Seltenes sein wird. Besonders wird bei der Hauptsache kaum je der Gesichtspunkt hervortreten, dass es im Laufe ordentlicher Bewirthschaftung, zu bestimmten Zeiten und Terminen, zur Veräusserung kommen muss[1]; vielmehr einzig der andere Gesichtspunkt, welcher sich schon von selbst wieder als ein ausserordentlicher charakterisirt, in Betracht zu ziehen sein, dass die Sache zu verderben Gefahr läuft; und auch dieser letztere Gesichtspunkt wird endlich abermals bei den Früchten leichter als bei der Hauptsache zutreffen. Das Ergebniss ist also folgendes:

Unser alter Satz, dass die vom *m. f. por.* vorgenommene Veräusserung der Sache Diebstahl bildet, bleibt im allgemeinen als ein regelmässig zutreffender bestehen; jedoch muss eine Ausnahme für den Fall, dass die Veräusserung sich auch als eine im Interesse des Eigenthümers vorgenommene erklären lässt, besonders weil Verderb dem Gegenstand droht oder sie sich sonst im Laufe ordentlicher Wirthschaft als notwendig erwies, hinzugenommen werden; die Consumption der Früchte der mit *mala fides* besessenen Sache Seitens des *m. f. por.* wird regelmässig, wenn sie durch Veräusserung geschieht, unter diese Ausnahme fallen; auch der Selbstverzehr der Früchte Seitens des *m. f. por.* kann ausser-

---

[1]) Es sei denn bei Gegenständen besonderer Art; man denke z. B. an verfallende Wechsel; Geld, welches verrufen wird; Papiergeld, welches bei Aufhebung des Zwangs-Curses binnen einer bestimmten Frist zur Einlösung aufgerufen wird; Aktien, welche wegen Fusion oder Capital-Reducirung der Gesellschaft umzutauschen sind; u. dgl. m.

gewöhnlicher Weise unter diesen Gesichtspunkt gezogen zu werden beanspruchen, während er regelmässig Diebstahl ist.

Genau dies, mit Ausnahme des Punktes vom Verzehr, auf welchen sie nicht kömmt, sagt aber in genau demselben Gedankengange l. 15 § 1 D. de rei vindicatione 6, 1 (Ulpianus):

> Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio iudicis succurretur, ut pretium dumtaxat debeat restituere. Nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius quam pretium praestabit.

8) Wir gelangen endlich zu einer schon zu Anfang erwähnten, aber zurückgestellten Frage: Inwiefern begeht der *m. f. por.* durch Gebrauch der Sache ein *furtum usus?* Erst jetzt, nachdem wir im allgemeinen die Grundsätze über *furtum rei* übersehen, sind wir im Stande, dieselbe ohne besondere Schwierigkeiten zu beantworten, trotz mangelnder Quellenbelege. Es werden nämlich eine Menge casuistischer Unterscheidungen nothwendig.

Macht der *b. f. por.* den betreffenden Gebrauch so, dass er die Sache gegen Entgelt Dritten zum Gebrauche überlässt, so ist dies zweifellos nicht Diebstahl, falls ein solches Vermiethen, Verpachten, Verfrachten u. s. f. der Sache in ihrer regelmässigen Bewirthschaftung von selbst gegeben ist. Ist doch in solchem Falle der *m. f. por.* zu solchen Massnahmen sogar verpflichtet, die eingehenden Mieth- und Pacht-Gelder erscheinen als *fructus percipiendi*, der vermiethende und verpachtende *m. f. por.* trägt nicht einmal deshalb, weil er die Sache einem Dritten anvertraut hat, der verfrachtende nicht einmal deshalb, weil er das Schiff auf Reisen gesandt hat, die Gefahr.[1]) — Ist aber die Hingabe zur Benutzung gegen Entgelt von hierzu bestimmten Sachen kein Diebstahl, so wird Diebstahl gewisslich auch nicht sein die gleiche Hingabe anderer Sachen, welche zum Austhun gegen Entgelt vom Eigenthümer nicht bestimmt waren. Die Thatsache, dass der *m. f. por.* über die Sache anders disponirt, als der Eigenthümer über sie verfügt haben würde und als man gewöhnlich über sie verfügt, mag ihn, wenn er wirklich redlich ist, nach den Regeln, oder, wenn ihm bloss die Annahme der Möglichkeit

---

[1]) l. 62 pr. D. 6, 1. Zu den Gegenständen, welche bestimmungsgemäss gegen Entgelt auszuthun sind, gehört auch regelmässig Geld, welches Zinsen werben soll; aber nicht zur Aufbewahrung deponirtes Geld, dem Begriffe des *depositum* gemäss.

seiner Redlichkeit zu Gute kommt, nach Analogie der *negotiorum gestio* höher verhaftet erscheinen lassen[1]; zum Diebstahl kann deshalb seine Handlungsweise, welche immer noch vom Standpunkt der *fructus percipiendi* in seiner Auffassung sich herleiten mag, ohne weiteres nicht werden. Uebrigens ist auch noch auf l. 55 D. de condictione indebiti 12, 6 cit. zu verweisen. —

Eine andere Eventualität ist die, dass der *m. f. por.* die Sache, sei sie nun zum Austhun gegen Entgelt bestimmt oder nicht, ohne Entgelt verleiht. Hier wird es darauf ankommen, ob derselbe die leihweise Hingabe an den, welchem er sie zu gebrauchen gestattet, als eine von ihm, dem Verleiher, ausgehende Gefälligkeit hinstellt, oder ob er dem Commodatar mittheilt, die Sache sei zwar eine fremde, man könne aber annehmen, dass der Eigenthümer eine Leih-Bitte auch nicht abgeschlagen haben würde, sie werde verliehen Namens des Eigenthümers. In dem ersteren, wohl häufiger vorkommenden Falle liegt zweifellos ein *furtum usus* nach der Analogie des *furtum rei* desjenigen vor, welcher stiehlt, um zu verschenken und sich so *beneficii debitorem* zu erwerben; im letzteren Falle dagegen kann von Diebstahl nicht die Rede sein. Dass es zum entgeltlichen Austhun bestimmte Gegenstände sind, welche der *m. f. por.* unentgeltlich verleiht, kann, wenn an und für sich kein Diebstahl vorliegt, den Fall nicht zum Diebstahle machen; der *m. f. por.* wird dann schon wissen, dass er die *fructus percipiendi* aus seiner Tasche ersetzen muss; ja, selbst wenn er denjenigen, welchem er die Sache verleiht, darauf aufmerksam macht, dass er so verfährt, ihm den Entgelt erlasse, welchen er nun aus eigener Tasche geben müsse: so wird doch aus dem Wunsche des Hingebenden, sich einen *debitor* für dieses *beneficium* zu gewinnen, ein *furtum usus* nicht herzuleiten sein, denn das *beneficium* besteht hier nicht in der Hingabe der Sache, sondern darin, dass der Hingebende den Eigenthümer für den Entgelt zu entschädigen übernimmt.

Gebraucht dagegen der *m. f. por.* selbst, so liegt höchst wahrscheinlich ein Gebrauchs-Diebstahl vor, jedoch wieder mit mannigfachen Ausnahmen. Zunächst fällt ohne weiteres der Diebstahls-Gedanke fort, falls der *m. f. por.* eines ganzen zusammengehörigen Sachen-Complexes die bestimmungsgemäss zur Bewirthschaftung

---

[1]) l. 10 D. de neg. gestis 3, 5.

der einen Sache dienenden anderen Sachen bestimmungsgemäss gebrauchte, also z. B. das Inventar eines Grundstückes zur Bestellung desselben. Im übrigen ist sodann nach Analogie des oben über denjenigen *m. f. por.*, welcher die Früchte selbst consumirt, Bemerkten zu unterscheiden; gelingt es dem *m. f. por.* nachzuweisen, dass er den betreffenden Gebrauch nur gegen einen Entgelt, welchen er schon im Momente des Gebrauches dem Eigenthümer zu entrichten entschlossen war, gemacht hat, so wird er nicht als Dieb erscheinen. Mangels eines solchen Nachweises wird man fast stets Diebstahl annehmen, ob die Sachen nun zum Austhun gegen Entgelt bestimmt waren oder nicht. Nur wenn der gemachte Gebrauch ein ganz unbedeutender und so geringer ist, dass der *m. f. por.* mit dem Vorbringen Gehör findet, er habe die Einwilligung des Eigenthümers voraussetzen dürfen, wird ihm dies vielleicht zu einer letzten Zuflucht gereichen.

Besteht endlich gar der Gebrauch, welchen der *m. f. por.* von der Sache macht, in einem Verbrauchen, Verzehren od. dgl. m., so wird nur noch in ganz aussergewöhnlichen Fällen Entschuldigung möglich sein; zu einer solchen müssten dann zusammentreffen die besonderen Bedingungen, unter welchen überhaupt Veräusserung der Hauptsache nicht Diebstahl ist, und diejenigen, welche nachweisen, dass die Veräusserung an sich selbst vom *m. f. por.* von vornherein in der redlichen Absicht, den Entgelt dem Eigenthümer zukommen zu lassen, erfolgt ist. Liegen nicht beide Reihen von Bedingungen vor, so ist der Verbrauch der *mala fide* besessenen Hauptsache zweifellos Diebstahl, und zwar *furtum rei ipsius*, man müsste denn den Begriff des Diebstahles überhaupt nicht auf „unredliches Verzehren" anwenden wollen [1]), wozu ich aber keinen Grund einzusehen vermag: besonders skrupulöse Auffassung mag sich ja so helfen, dass sie Aneignung und Vollendung des Diebstahls immer je einen Augenblick vor den vollständigen Verzehr legt.

9) Es erübrigt noch eine Frage, welche anlässlich unserer Betrachtung wohl angeregt zu werden pflegt, ohne eigentlich unter sie zu fallen: Ist es Diebstahl, wenn jemand Theile oder Früchte eines schon in seinem Besitze befindlichen Immobile loslöst, weg-

---

[1]) Mit Wetzell, a. a. O., S. 166; vgl. übrigens dagegen l. 22 § 7 D. mandati vel contra 17, 1.

nimmt und sich aneignet? Und, falls dies im allgemeinen zu bejahen ist, bewirkt es eine Aenderung, wenn der betreffende Besitzer selbst das betreffende Immobile gewaltsam oder sonst deliktisch erworben hat?

Der erste Punkt der Frage scheint mir unbedingt zu bejahen. Wenn der *m. f. por.* eines ländlichen Grundstücks die Früchte einerntet, so liegt freilich deshalb noch kein Diebstahl vor; wenn er sie consumirt, so sind die vorhergehend genügend klargestellten Umstände in Betracht zu ziehen; wenn er sie aber sich aneignet, so ist dies zweifellos Diebstahl. Ebenso ist es solcher, wenn z. B. der *m. f. por.* eines Hauses einzelne Balken aus demselben losbricht und sich aneignet. Schwierigkeiten dürften hier weiter keine zu überwinden sein.

Der zweite Punkt der Frage [1]) wird schwieriger von demselben Gesichtspunkt aus, welcher bei Beantwortung der Frage, ob der Dieb die Früchte der gestohlenen Sache abermals besonders stehlen könne, in Betracht kam. Wenn nämlich das dort citirte Fragment (l. 9 pr. D. h. t. 47, 2) ausdrücklich auch nur bemerkt, wegen einer schon gestohlenen Sache könne nicht noch einmal dem Bestohlenen deshalb, weil der Dieb sie ihm mit ihrem Zuwachs fortwährend entziehe, eine neue *actio furti* gewährt werden, so liegt es doch nahe, es weiter zu interpretiren dahin, dass, wer wegen der Art und Weise, in welcher ihm eine Sache abhanden gekommen, gegen den Inhaber oder Besitzer schon eine Strafklage habe, nicht noch eine Diebstahlsklage hinzubekommen könne deshalb, weil jener die Sache weiter, mit ihrem Zuwachs, inhabe oder besitze; oder, aus dem aktionenrechtlichen Ausdruck herausgeschält, eine einmal in Besitz oder Inhabung jemandes durch sein strafbares Delikt gelangte Sache könne derselbe, ohne dass sie ihm inzwischen abhanden gekommen wäre, nicht abermals, auch nicht in Bezug auf ihren Zuwachs, stehlen. Diese ausdehnende Interpretation aber gewinnt starken Anhalt daran, dass die heutige Theorie der Unterschlagung als mögliche Gegenstände einer solchen nur betrachtet [2]) solche Sachen, deren Besitz oder Inhabung vom Thäter nicht in einer Weise erlangt wurde, aus

---

[1]) Entschieden dafür, dass auch bei ihm Diebstahl vorliege, sind Böcking II, S. 81 § 145, Z. 3—5 v. o.; und Pampaloni, a. a. O., S. 320.

[2]) Und zwar ohne specielle positivrechtliche Vorschrift.

welcher sich der Thatbestand eines eigenthümlichen strafbaren Delikts ergibt, Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung oder welches sonst auch immer dieses Delikt sei.[1]) Nimmt man diese Erwägung als zutreffend an, so führt sie zu folgender Unterscheidung: der Theil der Sache ist keinenfalls, selbst von ihr losgelöst, ein neuer Gegenstand, er ist also durch das frühere Delikt schon mitergriffen, z. B. das einzelne *tignum* des gewaltsam in Besitz genommenen Hauses ist schon *vi possessum,* kann also auch losgelöst durch blosse *adsidua contrectatio* des jetzigen Inhabers nicht mehr gestohlen werden.[2]) Für die Früchte des *vi* in Besitz genommenen Grundstücks dagegen kommt es wieder darauf an, ob man sie nach ihrer Separation als ganz neue Sachen ansieht oder nicht; im ersteren Falle muss man auch Diebstahl an ihnen durch Lostrennung und Aneignung Seitens des *m. f. por.* der Hauptsache als möglich betrachten, im anderen Falle kann man hier keinen Diebstahl anerkennen.

IX. Theorie für das furtum des bösgläubigen Besitzers.

Die immer mehr und mehr rein casuistisches Gepräge annehmenden Betrachtungen des vorigen Abschnittes sind schliesslich geeignet, ein gewisses Gefühl von Unbehagen zu erwecken. Wenn wir so unklar unbefriedigende Antworten auf ziemlich klare Fragen erhalten; wenn wir eine Menge Distinktionen zu machen und Fälle zu sondern haben, trotzdem aber schliesslich nur Ergebnisse finden, welche sich durch die Nothwendigkeit, ihnen eine Wendung wie „regelmässig“ oder „allgemeinhin“ oder „ausnahmsweise“ oder „selten“ zuzusetzen als unvollständige selbst charakterisiren — so muss in der Art der Fragestellung etwas nicht ganz in der Ord-

---

[1]) Vgl. Haelschner, Deutsches Strafrecht II 1, S. 348; und die dort citirten Motive zum II. Entwurfe § 241.

[2]) Selbstverständlich hat dies damit nichts zu thun, dass das *tignum* von einem Dritten und auch wieder von demjenigen, welcher das Haus gewaltsam in Besitz genommen hat, selbst, falls er den losgelösten Balken verloren hat und ihn nun einem Dritten abnimmt, gestohlen werden kann.

nung sein. Ist doch selbst unser Hauptresultat, der Satz, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt, im Laufe der vorangehenden Untersuchung frisch erschüttert und nur noch als ein durchschnittlich richtiges übrig gelassen worden.

Fester liessen sich allerdings alle diese Ergebnisse äusserlich gestalten, wenn etwa das Erforderniss, dass der Handelnde *suo nomine* handeln müsse, hinzugenommen würde für den Fall des Diebstahles, das Erforderniss, dass er *nomine domini* handeln müsse, für den Nicht-Diebstahlsfall; denn das ist ja wohl zweifellos, dass der *m. f. por.*, welcher veräussert, confundirt, specificirt u. s. f., stets stiehlt, wenn er dies *suo nomine* thut, während dagegen die Ausnahmen, in welchen eben derselbe nicht stiehlt, gegeben sind, sobald er *nomine domini* handelt; und dass der *m. f. por.*, welcher Früchte percipirt, bestimmungsgemäss austhut u. s. f., regelmässig eben deshalb nicht stiehlt, weil er dies thut *nomine domini*, während dagegen die Ausnahmen, in welchen eben derselbe stiehlt, gegeben sind, sobald er *suo nomine* handelt. Aber man würde durch einen solchen äusserlichen Zusatz, welcher ein neues schwieriges Erforderniss einführt, nur die Erkenntniss verschleiern, dass die Sachlage noch nicht klar ist; gerade das ist die Schwierigkeit, zu erkennen, ob der Handelnde *suo* oder *alieno nomine* handelt; gerade darauf lief die Untersuchung bisher hinaus, zuzusehen, ob man den *animus furandi* bei dem veräussernden, specificirenden, confundirenden u. s. f. *m. f. por.* als vorhanden annehmen kann oder nicht, wofür es lediglich eine andere Ausdrucksweise wäre, wenn man sich fragen würde, ob er *suo nomine* handelt oder nicht. Helfen wir uns, indem wir das, was uns diese Untersuchung noch nicht präcis beantwortet hat, in die Voraussetzung hineintragen, so ist dies bloss eine Scheinhülfe, die betreffende Wendung ist also, wennschon nicht unzutreffend, so doch wegen der mit ihr gegebenen Gefahr, vom Eingehen auf den Kern der Frage abgelenkt zu werden, zu vermeiden. Nur in Einem besonderen Falle ist es geboten, sie anzuwenden; dann nämlich, wenn von dem Satze, dass der *m. f. por.* specificirend stiehlt, auf das Erforderniss der *bona fides* beim Eigenthums-Erwerb durch Specification geschlossen werden soll. Hier ist allerdings zu betonen [1]), dass der Specifikant

---

[1]) Wie deshalb auch in dem vorigen Abschnitte unter 4, gewissermassen vorgreifend, geschehen.

entweder *nomine domini* (oder allgemeinhin *alieno*) verfährt, dann deshalb Eigenthum nicht erwerben kann; oder *suo nomine* verfährt, dann stiehlt und so unter die Ausnahme-Regel fällt, welche für den Dieb bei der Specifikation gilt. Wie man sieht, erweist hier diese Einkleidung unserer bisherigen Sätze sich erfolgreich deshalb, weil es hier darauf ankömmt zu zeigen, wie in Bezug auf die Eigenthums-Frage die beiden Eventualitäten der Specifikation *suo* oder *alieno nomine* bei dem *m. f. por.* dasselbe Resultat ergeben, so dass dann weiter, ob er *suo* oder *alieno nomine* verfahren ist, im concreten Falle nicht mehr zugesehen zu werden braucht; wo dagegen die beiden Eventualitäten ein entgegengesetztes Resultat liefern, wie dies gerade bei der Diebstahls-Frage der Fall ist, da gewinnen wir durch ihre Betonung kein sicheres, sondern nur ein etwas sicherer klingendes Ergebniss; besser bleiben wir daher hier bei der alten, ein offenes Geständniss enthaltenden Fassung, dass regelmässig, häufig oder selten, aussergewöhnlicher Weise Diebstahl vorliegt.

Werden wir so darauf aufmerksam gemacht, dass wir uns auf nicht fest begründetem Gebiet bewegen, so verlangt anderweitig die Frage Beantwortung, wieso wir denn in scheinbar einander so durchaus ähnlichen Fällen zu so verschiedenen Anschauungen gelangen, warum denn Veräusserung, Confusion, Commixtion, Specifikation, Inaedifikation u. s. f. regelmässig Diebstahl darstellen — Besitzerwerb, Fruchtperception, Austhun gegen Entgelt ebenso regelmässig Diebstahl nicht darstellen — und schliesslich Consumption der Früchte, eigener Gebrauch der Hauptsache u. dgl. m. *furtum rei* oder *usus* ziemlich gleichmässig bald darstellen, bald nicht darstellen. Und mit diesen so verschiedenen Sätzen ist die Sache noch keineswegs abgethan; wollten wir auf diese Weise fortfahren, hätten wir wirklich kein Mittel zum Ziele zu kommen als genaue Prüfung jeder solchen einzelnen Gestaltung, so würden immer weitere Fragen sich an weitere Fragen reihen. Wie steht es, wenn der *m. f. por.* versteckt? wenn er rückführbar verarbeitet? wenn er leicht löslich verbindet? wenn er fremdes Getreide ausdrischt? wenn er die Sache verpfändet? wenn er sie als Faustpfand weggibt? Und so würden wir immer weiter, bald durch ganz concrete, bald durch allgemeiner gestellte *species facti* hindurchgehetzt, ohne dass ein Ende abzusehen wäre.

Alle diese Umstände, das Unbefriedigende, das scheinbar

Widerspruchsvolle, das casuistisch Undurchführbare der bisherigen Ergebnisse weisen auf eine und dieselbe Ursache zurück; wir haben bisher behandelt eine Reihe von Fragen, wie sie sich uns gerade im Leben oder durch Anwendung gewisser, einer anderen Lehre entnommener juristischer Rubriken — Confusion, Specifikation, Consumption u. s. f. — auf das Verhältniss der *m. f. pio.* boten, wobei wir uns noch besonders in der Auswahl und Anordnung leiten lassen mussten durch den ebenfalls ganz zufälligen Umstand, für welche Special-Fälle gerade die Quellen brauchbare Entscheidungen zu geben schienen. Wir haben nun diese Schar von Singularitäten zu ordnen und aus denselben das Princip zu gewinnen.

Allen bisher betrachteten Fällen gemeinsam ist nun aber Eines; in ihnen allen liegt vor, dass ein *m. f. por.* mit der Sache eine Handlung vornimmt, welche zur diebischen Contrektation objektiv genügenden Thatbestand ergibt. Und zwar nicht etwa bloss regelmässig, durchschnittlich, sondern stets; wenn der *m. f. por.* veräussert, consumirt, specificirt, Früchte percipirt, immer nimmt er eine Handlung vor, welche objektiv sich als Contrektations-Handlung bezeichnen lässt. Wenn wir die Sätze als regelmässig zutreffende bewiesen haben: der veräussernde *m. f. por.* stiehlt; der specificirende *m. f. por.* stiehlt; der confundirende *m. f. por.* stiehlt: so ist ein Theil, und zwar der gleichmässig überall wiederkehrende und nicht nur regelmässig, sondern immer zutreffende Theil dieser Ergebnisse der: in der Veräusserung liegt zum Diebstahle genügende Contrektation; in der Specifikation liegt zum Diebstahl genügende Contrektation; in der Confusion liegt zum Diebstahl genügende Contrektation u. s. f. Aber auch wenn wir die Sätze gefunden haben, wer sich *mala fide* in Besitz setzt oder wer *mala fide* die Früchte percipirt, stiehlt damit regelmässig noch nicht, so haben wir auch hier nicht etwa dies aus dem Mangel der Contrektation zu erklären; sondern wir haben zu sagen, hier liegt regelmässig kein Diebstahl vor, obgleich Contrektation stets vorliegt; läge nicht wenigstens Contrektation vor, so wären wir gar nicht dazu gekommen, uns mit diesen Fällen zu beschäftigen.

Indem wir die Sätze aufstellen, der veräussernde, confundirende, specificirende u. s. f. *m. f. por.* stiehlt, behaupten wir aber noch ein Weiteres; wir beschränken uns mit denselben nicht auf

den objektiven Thatbestand, sondern schreiben in ihnen auch dem betreffenden *m. f. por.* den *animus furandi* zu. Wir drücken auf diese Weise aus, dass in der Veräusserung, der Confusion, der Specifikation eine Willens-Manifestation des Handelnden liegt, welche in Verbindung mit dem Umstande, dass er weiss, die Sache gehöre ihm nicht, den Rückschluss auf diebischen Aneignungswillen, *animus lucri faciendi,* gestattet. Dieser andere Bestandtheil jener Sätze ist aber derjenige, welcher uns zwingt, ein „regelmässig" oder „gewöhnlich" hinzuzunehmen; aus einer vereinzelt und für sich betrachteten Handlung kann man mit absoluter Sicherheit auf die zu Grunde liegende Gesinnung einen Rückschluss nie ziehen; eine einzelne Handlung mag einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit begründen, Mangels entgegenwirkender Momente sogar für sich allein zum Beweise ausreichen, immer wird man doch im Einzelfalle zuzusehen haben, ob nicht solche entgegenwirkende Momente vorliegen, ob nicht Nebenumstände, eigenartige Betrachtungen, Anzeichen anderer Art hervortreten, welche uns veranlassen, etwas ganz Anderes als in der betreffenden Handlung liegend zu erblicken, oder wenigstens die Möglichkeit anzunehmen, dass etwas ganz Anderes in der betreffenden Handlung gelegen haben könne: sobald aber auch nur eine Möglichkeit andersartiger Interpretation vorhanden, müssen wir auf dieselbe zu Gunsten des Handelnden Rücksicht nehmen. Wenn also z. B. die Veräusserung geschieht bei einer Sache, welche sonst zu Grunde gegangen wäre, so wissen wir nicht mehr, sollen wir diese Veräusserung auf diebischen Aneignungswillen oder auf den Willen, möglichst für das Interesse des Eigenthümers zu sorgen, zurückführen; unter diesen Umständen werden wir, falls nicht andere Indicien wieder anders entscheidend hinzutreten, die zur Annahme des *animus furandi* nothwendige Sicherheit nicht mehr haben. Dieser *animus furandi* ist also das schwankende, unsichere Element in unseren Sätzen; darüber, dass das Vorhandensein des subjektiven Diebstahls-*dolus* in jedem besonderen Falle besonders nachgewiesen werden muss, damit man Diebstahl annehmen könne, ist nicht hinauszukommen. Wir werden Annäherungs-Regeln aufzustellen in der Lage sein; wir werden sagen können, in diesen und jenen Fällen ist wahrscheinlich dieser *dolus* vorhanden, diese und jene Handlungen können wir uns, zunächst und sofern nicht aussergewöhnliche Erscheinungen

hinzutreten, nicht anders deuten, als unter der Annahme, dass ein derartiger *dolus* zu Grunde liege; nie aber werden wir uns dadurch ersparen können, im concreten Falle nachzuprüfen, ob nicht die Möglichkeit anderer Erklärung sich irgendwie ergibt und, falls dies der Fall ist, freizusprechen. — Wenn wir also bisher gesagt haben, in den Fällen der Veräusserung, der Specifikation, der Confusion u. s. f. Seitens des *m. f. por.* begeht dieser regelmässig einen Diebstahl, so haben wir damit näher gesagt: in diesen Fällen liegt stets der objektive und regelmässig der erkennbar manifestirte subjektive Diebstahls-Thatbestand vor; mangelt der letztere bei genauerer Prüfung im einzelnen Falle, so liegt auch kein Diebstahl vor. Und umgekehrt, wenn wir bisher gesagt haben, derjenige, welcher sich *mala fide* in den Besitz einer Sache setzt, derjenige *m. f. por.*, welcher Früchte percipirt u. s. f. stehlen regelmässig nicht, so haben wir damit näher gesagt: in diesen Fällen liegt allerdings stets der objektive, aber regelmässig nicht der erkennbar manifestirte subjektive Diebstahls-Thatbestand vor; ergibt sich der letztere bei genauerer Prüfung im einzelnen Falle als vorhanden, so wird die betreffende Handlung zum Diebstahl.

Hiermit sind wir soweit gelangt, zusammenfassen zu können. Der *m. f. por.* stiehlt, wenn er eine Contrektations-Handlung vornimmt, welche zugleich, nach allen Umständen des concreten Falles geprüft, seinen Diebstahls-*dolus* unleugbar an den Tag treten lässt; er stiehlt nicht, wenn die Contrektations-Handlung, nach allen Umständen des concreten Falles geprüft, auch andere Deutung zulässt.[1]) Ersteres ist regelmässig bei Veräusserung, Confusion, Inaedifikation, Commixtion, Specifikation u. s. f. der Fall; letzteres regelmässig bei Erwerb in *mala fides*, Frucht-Per-

[1]) Man könnte etwa noch fragen, ob nicht auch derjenige stiehlt, welcher zuerst seinen *animus furandi* ohne Contrectation an den Tag legt, später aber in einer Art und Weise contrektirt, welche allein den *animus furandi* sicherzustellen nicht genügt. Hierauf lautet die Antwort: bloss deshalb, weil jemand früher seine Diebstahls-Absicht, ohne zu stehlen, geäussert hat, ist die nachfolgende Contrektations-Handlung noch nicht Diebstahl; denn es könnte ja der Handelnde in der Zwischenzeit seine Absicht gewechselt haben, die Annahme, dass dies ausgeschlossen, wäre eine *praesumptio doli*, und keinenfalls kann eine Handlung, welche nicht als dolos begangene nachgewiesen ist, dadurch Delikt werden, dass früher einmal der Handelnde den *dolus*, eine solche Handlung zu begehen, an den Tag gelegt hat, ebenso-

ception, Austhun gegen Entgelt u. s. f.; ob das eine oder andere der Fall, lässt sich nicht einmal regelmässig angeben bei Frucht-Consumption, Gebrauch der Sache und ähnlichen Vorgängen, zu welchen auch die Verpfändung einer *mala fide* besessenen Sache zu rechnen sein wird.

In diesen beiden Sätzen stellt der erstere das Princip, der zweite nur casuistische Beispiele hin. Setzen wir aber in dem ersteren, dem principiellen, Satz bloss überall an Stelle des *m. f. por.* den *detentor* ein, so ist er es auch, welcher uns die Frage beantwortet, wann der Detentor einer Sache dieselbe stiehlt. In dieser ganz unbestrittenen Lehre ist man ganz einig darüber, dass sich die einzelnen Fälle des Diebstahls nicht nach bestimmten Rubriken angeben noch casuistisch erschöpfen lassen, sondern einhellig und ohne Anstand lehrt man etwa Folgendes: Der Detentor einer fremden Sache begeht ein *furtum rei*, indem er dieselbe mittels einer Contrektations-Handlung und mit dem *animus lucri faciendi* sich widerrechtlich aneignet[1]; er begeht ein *furtum usus*, indem er die Sache mittels einer Contrektations-Handlung und mit dem *animus lucri faciendi* widerrechtlich benutzt.[2]) Genügende Beispiele ergeben dann schon die verschiedenen Quellenstellen; so für das *furtum rei* l. 1 § 2, l. 46 § 6 D. h. t. (der Detentor verbirgt *animo furandi*); l. 68 pr. eod. (er leugnet und ergreift Besitz); l. 33 eod. (er schafft weg); l. 22 § 7 D. mandati v. c. 17, 1 (er consumirt); l. 25 D. de donationibus 39, 5 (er schenkt weg); l. 7 C. h. t. (er verwendet zu seinem Nutzen); und für das *furtum usus* l. 40 D. h. t. (der Commodatar führt das ihm commodirte Vieh weiter, als gestattet, oder geht sonst über den ihm eingeräumten Gebrauch hinaus); l. 77 pr. D. h. t., l. 5 § 8 D. commodati v. c. 13, 6 (dasselbe); l. 48 § 4 D. h. t. (der Commo-

---

wenig wie sie dadurch Delikt wird, dass sie nachträglich dolose Billigung findet. Wohl aber kann die frühere Aeusserung als Beweismaterial in Betracht kommen dafür, dass die jetzige Handlung mit dem *animus furandi* begangen ist.

[1]) l. 3 § 18 D. 41, 2 und l. 29 pr. D. depositi v. c. 16, 3; Windscheid II § 452, Note 8, unter b; Vangerow III § 679, Anm. 1, unter I 1 b (S. 571); Baron, Pandekten, § 311 a; v. Brinz, Pandekten II, S. 804; u. s. f.

[2]) l. 55 § 1 D. h. t., § 6, 7 J. h. t.; Windscheid II, § 452, Note 9; Vangerow III, § 679, Anm. 1, unter I 2 (S. 572); Baron, § 311, b; v. Brinz, a. a. O.; u. s. f.

datar verleiht die Sache weiter); l. 55 pr. D. h. t. (der Pfandgläubiger gebraucht die Pfandsache); l. 83 pr. D. h. t. (Handwerker, welche die Sachen zur Reparatur haben, gebrauchen sie); § 6, 7 J. h. t. 4, 1 (alle möglichen derartigen Fälle zusammen). —

Die Uebereinstimmung des Grundsatzes ist eine gänzliche; nach ihr befinden sich *m. f. por.* und *detentor* in Bezug auf die Möglichkeit, die Sache, welche sie in der Hand haben, zu stehlen, genau in derselben Lage: ein Ergebniss, wie es auch durchaus dem praktischen Bedürfnisse entspricht, besonders einmal zugegeben, dass jeder Detentor sich selbst, ohne zu stehlen, zum *m. f. por.* machen kann; diese beiden Rechtsregeln bedingen und ergänzen einander gegenseitig; und so reden denn auch, wie schon häufig hervorgehoben, unsere Quellen unterschiedslos von dem Diebstahl desjenigen, welcher die Sache körperlich schon hat, ohne zwischen *m. f. por.* und *detentor* zu sondern. Dass die Beispiele für den Detentor theilweise andere sind, als diejenigen, welche für den Seitens des *m. f. por.* zu begehenden Diebstahl in Betracht kommen, ändert nichts an der Uebereinstimmung der Principien und bildet keine Schwierigkeit; ergibt sich doch auch schon zwischen den Detentoren, jenachdem sie Commodatare, Depositare u. s. f. sind, eine Verschiedenheit der Beispiele für das *furtum usus,* indem z. B. beim Depositar ohne weiteres jeder Gebrauch, beim Commodatar nur der über die Zwecke des Commodats hinausgehende Gebrauch Diebstahl ist. Einzelne Handlungen wird der Detentor vornehmen können, ohne dass auch nur der Gedanke an *furtum* aufkäme, weil sie etwa den Zwecken seiner Detention, dem mit der Detention übernommenen Auftrag u. s. f. entsprechen, Handlungen, welche vom *m. f. por.* vorgenommen den *animus furandi* als vorhanden anzunehmen recht nahe legen würden; andererseits wird der Detentor als solcher, ohne Besitzergreifung, gewisse Handlungen vorzunehmen gar nicht in die Lage kommen, welche der *m. f. por.* vielleicht im Interesse des Eigenthümers, um seiner Haftungs-Pflicht zu genügen, vornehmen muss; die principielle Identität der für den einen und für den anderen geltenden Diebstahls-Regel leidet durch derlei keinen Eintrag.

Nimmt man nun noch hinzu, dass, wenn man vom Diebstahle eines *possessor* redet, dabei selbstverständlich stets nur von einem *m. f. por.* die Rede sein kann, da der *b. f. por.,* welcher die

Sache für die seinige oder wenigstens für eine seiner Dispositionsgewalt durch den Willen des Eigenthümers oder sonst rechtmässig unterworfene ansieht, unmöglich stehlen kann, so kommt man dazu, dass es, um einen einzigen festen Grundsatz aufzustellen, genügen würde, die besonderen, vom *m. f. por.* handelnden casuistischen Sätze fallen zu lassen oder höchstens als Beispiels-Sätze beizubehalten, die von dem Detentor handelnden principiellen Sätze aber einfach auf den Besitzer auszudehnen.

Auf diesem Wege ist der Civilistik unsere Strafrechtgesetzgebung vorausgegangen, nachdem auch sie zunächst mit der ihrer Natur nach vergeblichen Bemühung, das Delikt der Unterschlagung statt aus Begriffs-Merkmalen durch erschöpfende Casuistik zu gewinnen, begonnen hatte. Das Allgemeine Preussische Landrecht [1]) steht noch auf dem casuistischen Standpunkt; es droht Strafen an Privatverwaltern und Rechnungsführern, welche Gelder oder Naturalien der Auftraggeber sich aneignen; dem Gesinde oder sonstigen Hausgenossen, welche Gelder oder sonstige Sachen im Hause entwenden oder unterschlagen; denjenigen, welche gerichtlich hinterlegte Gelder veruntreuen; denjenigen, welche anvertrautes Gut wegnehmen oder dem Rückforderungs-Berechtigten gegenüber ableugnen; dem Depositar oder Pfandbesitzer, welche die deponirte oder verpfändete Sache gebrauchen; denjenigen, welche bei ihnen zur Sicherheit hinterlegte Sachen ableugnen, gebrauchen oder unterschlagen; denjenigen, welche fremde in ihrer Inhabung befindliche Sachen verpfänden; u. s. f. — Einen bedeutenden Fortschritt bildet dann das Preussische Strafgesetzbuch [2]); dasselbe bestraft zunächst (§ 225) als Unterschlagung die Veruntreuung anvertrauter Sachen, stellt diesem Falle dann aber den weiteren (in § 226) gleich, wenn das selbige Vergehen an einer fremden Sache begangen wird, welche durch Finden oder sonstigen Zufall in den Gewahrsam des Thäters gelangte. — Den mustergültigen Abschluss gibt der bekannte § 246 des Deutschen Strafgesetzbuches:

„Wer eine fremde, bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängniss bis zu drei Jahren und, wenn die

[1]) Allg. Pr. Landrecht, II, 20 § 1347, 1350 fg., 1353 fg., 1366, 1367.
[2]) Vgl. Haelschner, System des Preussischen Strafrechts II, 497.

Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängniss bis zu fünf Jahren bestraft."

Hier ist der ursprüngliche Unterschlagungsfall des Preussischen Strafrechts nur noch als Straferhöhungsgrund vorhanden; der Gewinn, besonders für unseren Gesichtspunkt, ist der, dass nunmehr Besitz und Gewahrsam einander ausdrücklich gleichgestellt werden konnten, so dass die principielle Irrelevanz des Umstandes, ob der diebisch Contrektirende bis dahin Detentor oder *(m. f.) possessor* war, strafrechtlich feststeht.

Eben in dieser Irrelevanz aber möchte ich auch das Resultat dieser ganzen Studie am prägnantesten zusammenfassen: Zur Begehung eines *furtum* durch Unterschlagung macht es im wesentlichen keinerlei Unterschied, ob derjenige, welcher unterschlägt, die Sache bis dahin als Detentor oder *possessor* in der Hand hatte. Falsch ist es, wenn Pampaloni und Pfersche lehren, wer einmal die Sache als *m. f. por.* in der Hand habe, könne nicht mehr stehlen; nicht ganz richtig ist es aber auch, wenn bisher durchweg gelehrt worden ist, ein *furtum* begehe, wer die in seiner Inhabung befindliche Sache rechtswidrig mit *animus lucri faciendi* sich aneigne oder gebrauche, daneben dann aber weiter noch selbstständig zugefügt worden ist [1]), ein *furtum* begehe ebenfalls, wer *mala fide* eine fremde Sache veräussere, confundire, specificire u. s. f. Entweder man will nämlich mit diesem letzten Zusatze etwas wirklich ganz Besonderes bezeichnen, etwa jedwede in *mala fides* vorgenommene Veräusserung einer fremden Sache sei Diebstahl, auch wenn der *animus lucri faciendi* nicht nachweisbar sei, — dann ist darin eine versteckte *praesumptio doli* enthalten, welcher wohl Niemand das Wort reden wird [2]); oder man will mit diesem Zusatze nur Beispiele anführen für den Fall, in welchem der *m. f. por.* stiehlt, während man den ersten allgemeinen Satz speciell auf den Detentor bezieht [3]), —

---

1) Diesen weiteren Zusatz hat zwar nicht v. Brinz, Pandekten, II, S. 804; bei ihm gewinnt es nun aber wieder, da er bei dem in Form der Unterschlagung begangenen *furtum* von „Besitzerwerb auf Grundlage zuvor erworbener Detention" redet, den Anschein, als könnte derjenige, welcher von vornherein *m. f. por.* ist, nicht unterschlagen.

2) Daher denn auch der Zusatz kaum je ernstlich so gemeint sein dürfte.

3) So Burchardi, System II, 3 § 285; vor allem aber auch v. Wächter, welcher im Rechtslexikon, s. v. Diebstahl III, 359, die Veruntreuung des

dann liegt eine gewisse Schiefheit vor, es wird gewissermassen angedeutet, die durch den Detentor vorgenommene Unterschlagung sei *furtum* stets, die von dem *m. f. por.* vorgenommene nur in diesem Falle oder doch wenigstens nur in diesem oder in ähnlichen Fällen, was eben irreführt; oder man will den Zusatz sowohl auf den *m. f. por.* wie auf den Detentor bezogen wissen, den allgemeineren Satz aber bloss auf den Detentor[1]), — dann ergibt sich die gleiche Schiefheit; oder schliesslich denkt man in beiden Sätzen an beide Fälle[2]), — so ist die Incorrektheit nur noch eine ganz geringe, immerhin aber noch vorhanden, da nicht abzusehen, warum man das Beispiel der Regel gleich- statt unterordnet. Vielmehr ist das einzig genau Zutreffende, diese Lehre dahin zu fassen, dass Detention und *m. f. pio.* einander ganz gleich gestellt, die einzelnen Fälle aber entweder nur als Beispiele oder gar nicht erwähnt werden.[3]) Demnach wäre, wenn man den Gegensatz zwischen denjenigen *furtis,* welche wir heute Unterschlagung, und denjenigen, welche wir heute Diebstahl nennen, mit zum Ausdruck bringen will, etwa so zu formuliren:

> *Furtum ipsius rei* begeht, wer sich widerrechtlich eine fremde bewegliche Sache mittels Contrektations-Handlung und mit *animus lucri faciendi* aneignet, sei es nun, dass er die Sache durch die Contrektations-Handlung erst in seine Hand bringt, sei es, dass er sie schon vorher als *detentor* oder *possessor* in der Hand hatte.

---

detentor (unter b) scharf geschieden von der Unterschlagung, welche der *m. f. por.* durch Veräusserung, Adjunktion, Confusion u. s. f. begeht, (unter c) schildert.

[1]) So Vangerow a. a. O., (III, 571—72) und Böcking, Pandekten II § 145 f, letzterer mit einer eigenthümlichen Modifikation nach der Seite des *stellionatus* hin, über und gegen welche s. oben S. 10. — In diese Gruppe gehört auch noch von Aelteren, obgleich er bloss casuistisch aufzählt, dem Ergebnisse nach Goeschen, Vorlesungen über gemeines Civilrecht, II 548.

[2]) So wohl Windscheid a. a. O. Hierher dürften ferner zu rechnen sein Schweppe, Römisches Privatrecht III, § 552, S. 441 sowie Baron, Pandekten § 311.

[3]) So verfährt, von den mir bekannten Lehr- und Handbüchern des gemeinen Rechts einzig genau richtig, Dernburg, Pandekten II, § 120, Text zu Anm. 9 (S. 336). — Arndts und Puchta in ihren Pandekten lassen sich auf diese Frage nicht einmal so weit ein, dass sich erkennen liesse, wohin sie zu stellen wären.

Furtum usus begeht, wer sich widerrechtlich den Gebrauch einer fremden beweglichen Sache mittels Contrektations-Handlung und mit *animus lucri faciendi* aneignet, sei es nun, dass er die Sache nur vorübergehend zum Zweck dieses Gebrauches in die Hand nimmt, oder dass er sie schon vorher als *detentor* oder *possessor* in der Hand hatte.

Besonders interessante Beispiele des *furtum* an einer schon im Besitze des Stehlenden befindlichen Sache sind Veräusserung, Confusion, Specifikation u. dgl. m. der Sache Seitens ihres *m. f. por.*; solche Handlungen desselben werden sich schon meist ohne weiteres als Diebstahls-Fälle darstellen, namentlich ohne weiteres den Rückschluss auf *animus furandi* beim Handelnden gestatten; während dies bei anderen, obschon zunächst ziemlich ähnlichen Handlungen des *m. f. por.*, wie bei seiner Frucht-Perception, dem Erwerb in *mala fides*, dem Austhun der Sache gegen Entgelt u. dgl. m., umgekehrt regelmässig gerade nicht der Fall sein wird.

Es würde genügen, an diese Darstellung eine Schilderung des *furtum possessionis* und schliesslich noch des ganz anomalen Falles, in welchem jemand dadurch stiehlt, dass er wissentlich ein *indebitum* annimmt, anzureihen, um sämmtliche Erscheinungsformen des *furtum* vorgeführt zu haben.

Schlussbemerkung.

Ich stehe am Ende meiner Ausführungen. Vielleicht wird man mir vorwerfen, in denselben einfache Dinge allzu umständlich behandelt, die Angriffe der Gegner gegen die herrschende Lehre in übermässig weit ausholender Polemik widerlegt zu haben. Es würde, so wird man geneigt sein anzunehmen, genügt haben, auf diese Angriffe mit derjenigen einfachen Befestigung der alten Stellung zu antworten, welche darin liegt, dass man die Veräusserung der Sache durch den *m. f. por.* als Beispielsfall einordnet unter die allgemeine Lehre, welche dahin geht, dass der *m. f. por.* stiehlt, wenn er die Sache sich mit *animus lucri faciendi* durch eine Contrektations-Handlung widerrechtlich aneignet. Die Richtigkeit einer solchen Unterordnung anzuerkennen, wäre dann, so möchte man wohl meinen, jedermann gern bereit gewesen, auch ohne weitläufige Beweise und Auseinandersetzungen; eines blossen Hinweises auf die bisherige Incorrektheit hätte es bedurft, um die Beseitigung derselben, welche von jeher wohl mehr in der Ausdrucks- als in der Anschauungsweise lag, herbeizuführen.

Dieser letztere Umstand mag ja wohl auch zutreffen und habe ich mich denn auch gerade von dem Gefühle aus, dass hier ein Widerstreben kaum zu erwarten ist, ziemlich kurz in Bezug auf diesen Punkt fassen zu sollen geglaubt. Was dagegen die Widerlegung der Schriften von Pampaloni und Pfersche anlangt, so glaubte ich umgekehrt, hier nicht gründlich und vielseitig genug zu Werke gehen zu können. Unsere Wissenschaft ist gar traurig arm an Sätzen, welche so fest ständen, dass sie ohne weitere Rückbegründung angeführt oder im Laufe einer Beweisführung weiter benutzt werden könnten; zu den wenigen Sätzen, welche zu diesem kleinen Vorrathe gehören, war bisher der Satz zu rechnen, dass der veräussernde *m. f. por.* stiehlt; ihm womöglich diese Stellung wiederzuschaffen, die durch die Gegner angeregten Zweifel so niederzukämpfen, dass auf dieselben weiter nicht mehr zurückgekommen zu werden brauche, damit also unseren Satz dem knappen Bestande allgemein an-

erkennbarer und feststehender Rechtsregeln wiederzugeben: das ist das Ziel meiner Bemühungen gewesen. Ob es mir geglückt ist, den gewünschten Erfolg zu erreichen, muss ich anderen zu beurtheilen überlassen; das aber darf ich wohl hervorheben, dass, falls ich ihn erreicht habe, mir damit allein schon ein sattsam lohnendes Resultat gewonnen zu sein scheint.

Daneben sind dann wohl auch noch einige andersartige oder weitergehende Ergebnisse erzielt worden. Einzelne Punkte, wie die Frage nach der Möglichkeit einer redlichen *m. f. pio.,* die Lehre von der Haftung des *m. f. por.,* die Interpretation der l. 62 pr. D. de rei vindicatione 6, 1 und die Controverse über den Besitzverlust an den Repräsentanten dürften ein selbstständiges Interesse in Anspruch zu nehmen berechtigt sein.

Verzeichniss

der citirten Stellen aus dem *Corpus iuris civilis;* die fettgedruckten Zahlen bezeichnen diejenigen Seiten, auf welchen die betreffende Stelle Gegenstand oder Grundlage eingehenderer Erörterung ist.

Codex.

Nachtrag.

Aus der während des Druckes erschienenen Litteratur ist folgendes zu folgenden Seiten nachzutragen:

Zu S. 73 fg. — Karl Ritter von Czyhlarz, Fortsetzung von Glück's Pandekten, Serie der Bücher 41 und 42, Erster Theil, 1887, S. 545 fg. will in Bezug auf den Sklavenerwerb l. 25 § 2 D. 22, 1 und l. 40 D. 41, 1 ähnlich wie Pernice (siehe oben S. 77, Anm. 1) in Einklang bringen; vergl. übrigens die ganze Darstellung bei Czyhlarz, auch S. 549 fg.; seine Entscheidung für das geltende Recht, S. 544, Abs. 1, trifft mit meiner Ansicht zusammen.

Zu Seite 90, Abs. 3. — Gleichfalls von der Zeit nach der Litiscontestation versteht l. 62 pr. v. Czyhlarz a. a. O., S. 561, Text zu Anm. 57.

Zu Seite 165—168. — Der Meinung, dass der *proprio nomine* (durch diesen Zusatz wird erledigt die Bemerkung von v. Czyhlarz a. a. O., S. 345, Anm. 46 z. E.) specificirende *m. f. por.* Eigenthum nicht erwirbt, sind beigetreten v. Czyhlarz, a. a. O., S. 342 fg.; und Sturm, Die Bedeutung der Rückführbarkeit und der *mala fides* für die Lehre von der Specifikation, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 72, 1887, S. 123 fg.; ohne dass mir der oben geführte Beweis seinen Werth grösserer Sicherheit durch die Ausführungen beider Autoren zu verlieren scheint. Mit Sturm's Formulirung S. 126, Abs. 1 und 2 erkläre ich mich gerne einverstanden. Was den Einzelpunkt der Specifikation aus fremdem und eigenem Stoffe betrifft, so hatte ich meiner kurzen Bemerkung S. 167, 168 die Anschauung zu Grunde gelegt, dass es hier auf Rückführbarkeit nicht ankommt, ohne mich auf begründende Polemik einlassen zu können; um so mehr freue ich mich, dass diese Anschauung nunmehr, nach den Ausführungen

von v. Czyhlarz S. 349 fg. und Sturm S. 121 fg., wohl über alle Anfechtung erhaben dastehen wird.

Zu Seite 175. — An der dort gegebenen Deutung von l. 55 D. 12, 6, welche mir allein den richtigen Zusammenhang zwischen dem vorletzten und dem letzten Satze des Fragmentes herzustellen scheint, möchte ich festhalten trotz v. Czyhlarz, a. a. O., S. 608—610. Diesen führt seine Interpretation dazu, dem Eigenthümer die *condictio* gegen den percipirenden *praedo* auch wegen des aus einem von letzterem geschlossenen Miethgeschäfte stammenden Miethzinses zu versagen, weil dieser Zins nie in das Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache gefallen wäre; dies zwingt wieder, das anfängliche *sed domino erit obligatus* — zu welchem ich natürlich wie v. Czyhlarz ergänze: *praedo* — auf die Zeit nach der Litiscontestation einzuschränken; oder, mit anderen Worten, für die Zeit vor der Litiscontestation dem *praedo* den von ihm aus seiner Vermiethung eingenommenen Zins zu belassen. Dagegen spricht nach meiner Auffassung l. 55 dem Eigenthümer die *condictio* wegen solcher Früchte, soweit er sie nöthig hat, weil er sich an einen Miether, welcher vom *praedo* in *bona fides* gemiethet und diesem seinem Vermiether gezahlt hat, nicht halten kann, keineswegs ab; sondern schränkt sie nur auf diesen Fall ein, indem sie anderenfalls den vermiethenden Eigenthümer auf seine Contrakts-Klage gegen seinen Miether, welcher dem *praedo* ein *indebitum* gezahlt hat, verweist, den Miether dann aber gegen den *praedo* auf die *condictio indebiti*. Letzteres Resultat dürfte ein denn doch wohl in weit höherem Masse befriedigendes sein.



Leipzig,
Druck von Fischer & Wittig.

